FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

DE LA

RESPONSABILITÉ CIVILE

DES NOTAIRES

EN MATIÈRE DE PLACEMENTS HYPOTHÉCAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Frédéric BLANC

AVOCAT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

TOULOUSE

IMPRIMERIE SAINT-CYPRIEN

27, ALLÉES DE GARONNE, 27

—

1902

De la Responsabilité civile des Notaires

EN MATIÈRE DE PLACEMENTS HYPOTHÉCAIRES

FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

DE LA

RESPONSABILITÉ CIVILE

DES NOTAIRES

EN MATIÈRE DE PLACEMENTS HYPOTHÉCAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Frédéric BLANC,

AVOCAT,

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

TOULOUSE

IMPRIMERIE SAINT-CYPRIEN

27, ALLÉES DE GARONNE, 27

—

1902

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

MM. A. DELOUME, ✻, Doyen, professeur de Droit romain.
PAGET, ✻, Doyen honoraire, professeur de Droit romain.
CAMPISTRON, professeur de Droit civil.
WALLON, professeur de Droit civil.
BRESSOLLES, professeur de Procédure civile.
VIDAL, professeur de Droit criminel.
HAURIOU, professeur de Droit administratif.
BRISSAUD, professeur d'Histoire générale du Droit.
ROUARD DE CARD, professeur de Droit civil.
MÉRIGNHAC, ✻, professeur de Droit international public et privé.
TIMBAL, professeur de Droit constitutionnel.
DESPIAU, professeur de Législation française des finances et de Législation et Economie industrielles.
HOUQUES-FOURCADE, professeur d'Economie politique.
FRAISSAINGEA, professeur de Droit commercial.
MARIA, agrégé, chargé des Cours d'histoire du Droit public français et histoire des doctrines économiques.
GHEUSI, agrégé, chargé des Cours de Droit Maritime et de Droit Civil comparé.
MESTRE, agrégé des Facultés de Droit, suppléant
TRINQUAT, docteur en Droit, suppléant.
MAGNOL, docteur en Droit, suppléant.

HABERT, licencié en Droit, secrétaire des Facultés de Droit et des Lettres.

HUC, ✻, conseiller honoraire à la Cour de Paris, professeur honoraire.
POUBELLE, G. O. ✻, ancien ambassadeur de France, professeur honoraire.

Président de la Thèse : M. CAMPISTRON.

SUFFRAGANTS { MM. PAGET. BRESSOLLES.

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

A la Mémoire de mon Père

BIBLIOGRAPHIE

AGUESSEAU (D'). — Œuvres, t. VIII; Paris, 1759-1789.

AMIAUD. — *Traité-formulaire général du notariat*, I, II et III; Paris, 1894. — *Etudes sur le notariat français;* Paris, 1879.

ARNAULT. — *Lectures faites à l'Académie de Législation sur le notariat français;* Toulouse, 1879.

AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français,* t. I, III, IV; Paris, 1871.

AUGAN. — *Cours de notariat,* t. I; Paris, 1843.

AVIGNON. — *Des origines du notariat et de la responsabilité civile des notaires envers leurs clients;* Grenoble, 1882 (Thèse pour le doctorat).

BAUBY. — *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile des notaires;* Montpellier, 1894 (Thèse pour le doctorat).

BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de droit civil*, t. I, II; Paris, 1898.

BAUDRY-LACANTINERIE et WHAL — T. XXI; Paris, 1900.

BELENFANT. — *De la responsabilité des notaires en matière de prêts hypothécaires* (Thèse pour le doctorat) ; Bordeaux, 1898.

BONNET. — *De la responsabilité notariale en matière de prêts hypothécaires* ; Paris, 1881.

Circulaires du comité des notaires des départements, n° 224, XI ; n° 225, XI et IX.

CLERC, DALLOZ et VERGÉ. — *Formulaire du notariat*, t. II. — Commentaire de la loi de Ventôse.

DALLOZ. — *Répertoire* ; voir : Notaire et responsabilité. Supplément au *Répertoire* ; voir : Notaire et responsabilité.

DALLOZ. — *Recueil périodique de jurisprudence.*

DEFRÉNOIS. — *Traité pratique et Formulaire général du notariat*, t. IV ; Paris, 1888.

DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — *Cours analytique de Code civil ;* Paris, 1881-1889.

DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*, t. VIII, XXIV, XXVI, XXXI ; Paris, 1882.

DIDIO. — *Encyclopédie du notariat et de l'enregistrement*, t. XVII ; Paris, 1887.

DROUART. — *De la responsabilité des notaires* ; Rennes, 1879 (Thèse pour le doctorat).

ELOY — *De la responsabilité des notaires et de la discipline notariale* ; Paris, 1873.

EMOND. — *De la responsabilité civile des notaires ;* Paris, 1892 (Thèse pour le doctorat).

ERNOUT. — *De la responsabilité des notaires dans les*

placements hypothécaires; Caen, 1889 (Thèse pour le doctorat).

FERRIÈRE (DE). — *Science parfaite des notaires;* Paris, 1752. V. aussi Paris, 1741.

FONBENÉ. — *De la responsabilité civile des notaires en droit français;* Bordeaux, 1878 (Thèse pour le doctorat).

FUZIER-HERMANN. — *Répertoire du droit français*, t. XXVIII; Paris, 1901.

GUILLOUARD. — *Des contrats aléatoires et du mandat*; Paris, 1893.

HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. XII.

Journal des notaires et des avocats.

Journal du notariat.

LAURENT. — *Principes de droit civil français*, t. XX, XXVII; Paris, 1876

LEFRANÇOIS. — *De la responsabilité civile des notaires*; Paris, 1901.

LÉOTARD. — *Fondements juridiques de la responsabilité civile des notaires à raison du fond des actes* ; Dijon, 1897 (Thèse pour le doctorat).

LYON CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial*, t. IV; Paris, 1891.

MASSÉ — *Parfait notaire*, t. IV; Paris, 1843.

MATHIEU. — *De la responsabilité civile des notaires en droit français;* Nancy, 1874 (Thèse pour le doctorat).

MOURLON et JEANNEST SAINT-HILAIRE. — *Formulaire général à l'usage des notaires;* Paris, 1882.

PAGÈS. — *De la responsabilité des notaires*; Montpellier-Paris, 1843.

PAULTRE. — *Prêts hypothécaires. — Actes d'obligation.* Dans la *Revue du notariat,* n° 2422.

Placements hypothécaires (des). Dans la *Revue du notariat,* nos 2933, 3058, 3079 et 4063.

PLANIOL. — Note sous Paris, 15 mars 1895. D., 96, 2, 145.

PONT (Paul). — *La responsabilité notariale.* Dans la *Revue du notariat,* nos 133, 181, 254, 387. 462, 584, 815, 987, 1134, 1320, 1824, 2222, 2277.

— *Des petits contrats,* t. I; Paris, 1867.

— *Privilèges et hypothèques,* t. II; Paris, 1883.

POTHIER. — *Traité du mandat.*

— *Des obligations*; Paris-Orléans, 1761.

Répertoire général du notariat.

Revue du notariat et de l'enrgistrement.

ROLLAND DE VILLARGUES. — *Répertoire : Responsabilité des notaires*; Paris, 1844.

RUTGEERTS et AMIAUD. — *Commentaire de la loi du 25 ventôse an XI*; Bruxelles-Paris, 1884.

SIREY. — *Recueil général des lois et arrêts.*

SOURDAT. — *Traité général de la responsabilité en dehors des contrats,* t. I, II; Paris, 1876.

STÉVENART. — *Principes de la responsabilité civile des notaires*; Bruxelles, 1890.

TRÉCA. — *De la Responsabilité civile des notaires* (Thèse pour le doctorat).

TROPLONG. — *Du mandat*; Paris, 1846.

VAVASSEUR. — *Responsabilité des notaires.* — *Placements hypothécaires.* Dans la *Revue du notariat*, n° 4984.

VERGÉ. — *De la responsabilité des notaires.*

WALQUENART. — *De la responsabilité des notaires*; Paris, 1877 (Thèse pour le doctorat).

INTRODUCTION

La question des placements hypothécaires revêt à l'époque actuelle une importance d'autant plus grande que la propriété foncière subit une crise grave et que, d'autre part, les valeurs de Bourse, celles du moins qui sont sûres, ont une tendance à produire un taux d'intérêt de plus en plus faible. Sans rechercher les causes économiques qui ont amené cette double situation, nous croyons que les placements hypothécaires seraient souvent le remède à la crise qui frappe les immeubles, en même temps qu'ils permettraient aux prêteurs de retirer un intérêt un peu plus élevé de leur argent.

Le propriétaire d'immeubles trouvera dans ces emprunts la seule source de crédit dont il dispose. Ceci est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit de biens ruraux : l'agriculture moderne exige beaucoup de capitaux ; ne faut-il pas acheter des machines puisque les bras font défaut? des engrais, puisque les terres paraissent épuisées? On a tenté bien des fois, sans succès, de créer le Crédit agricole ; mais, soit que la spéculation s'en soit emparée pour le restreindre aux seuls prêts urbains plus avantageux, soit

que les crédits fonciers départementaux aient été absorbés par le Crédit foncier de France, la propriété rurale ne peut, croyons-nous, trouver de branche de salut que dans les prêts hypothécaires consentis par des particuliers.

Au regard de ces derniers, un tel placement aura cet avantage qu'étant fait en général dans la région même qu'ils habitent, ils peuvent s'assurer personnellement et à toute époque de la valeur de la garantie. Ayant leur gage sous les yeux, ils peuvent en surveiller les fluctuations économiques et en demander la réalisation. Sans doute, c'est dans cette réalisation que pourrait se trouver le danger ; mais s'ils n'ont accepté comme garantie qu'un immeuble bien supérieur en valeur au montant de leur créance, ils ne se ressentiront pas en général des frais qu'elle entraînera.

L'Etat devrait, d'ailleurs, chercher à réduire les frais de toutes sortes qui frappent les placements hypothécaires et à encourager ainsi ces opérations qui nationalisent l'épargne. Or le devoir de l'Etat n'est-il pas d'augmenter la valeur économique du sol en retenant le plus possible sur son territoire l'épargne française, en présence surtout de la finance internationale qui tend à l'absorber de plus en plus, dans des opérations étrangères à nos intérêts nationaux.

Or, qui est plus à même que le notaire de procurer au propriétaire d'immeubles les capitaux qui lui sont si nécessaires et d'éviter ainsi la fuite de notre argent à l'étranger, qui plus que lui peut encourager

les placements sur hypothèque? Par ses rapports de chaque jour avec les clients, il connaît mieux que tout autre les besoins de chacun et les ressources de la région qu'il habite. C'est un auxiliaire précieux dont il convient de s'assurer le concours.

Or la tendance actuelle des tribunaux paraît être au contraire de décourager les notaires de s'entremettre dans ces opérations, en créant à leur charge de très lourdes responsabilités. Sans doute, nous serions des premiers à déplorer que ces officiers publics puissent en toute liberté entraîner la confiance de leurs clients dans des placements qu'ils savaient désastreux ; nous reconnaissons que toute situation entraîne sa part de responsabilité et que cette dernière doit être plus grande encore lorsqu'il s'agit d'une mission de confiance, volontairement assumée. Nous aurons l'occasion de dire plus loin toute la conscience qu'exige un rôle aussi élevé que celui du notaire ; mais il nous paraît indispensable de faire observer que lorsque celui-ci a rempli toutes les obligations que sa profession lui imposait ou celles qu'il avait bien voulu se créer, lorsque; dans tous les cas, il a agi avec la plus stricte bonne foi, la jurisprudence devrait se montrer clémente ; car il ne peut être plus que personne, à l'abri d'une erreur. « La mission des notaires en matière de placements hypothécaires est des plus épineuses et exige de leur part une somme considérable d'activité, de prudence et de sagacité ; c'est dire combien il importe de ne pas exagérer à plaisir la rigueur de ces règles si l'on veut que les notaires ne renoncent pas d'une façon définitive à

prêter dans ces opérations leur entremise bienveillante et précieuse (1). »

La jurisprudence ancienne était favorable à la cause des notaires, disent tous les anciens auteurs. La responsabilité était appréciée moins sévèrement qu'aujourd'hui et cependant le notariat avait su rester un corps honorable et honoré, si bien que le tribun Favart pouvait dire dans son rapport sur la loi du 25 ventôse an XI : « Toutes les institutions qui avaient vieilli avec la monarchie ont été détruites ou réformées ; celle du notariat est la seule qui se soit soutenue au milieu des décombres de la Révolution sans avoir été réorganisée. »

Dégageons en quelques mots la responsabilité civile des notaires à travers les temps qui ont précédé la loi de Ventôse. Sans même remonter au Capitulaire de Louis le Débonnaire, en 828, qui s'occupait surtout de responsabilité pénale, nous voyons que les idées de réparation civile sont demeurées durant le très ancien droit assez imprécises; elles étaient laissées à l'appréciation des juges qui se décidaient suivant les circonstances. Les Ordonannces de 1434 et 1437 posent bien le principe de la responsabilité civile, mais n'édifient pas une véritable théorie.

Il est une chose cependant qui s'en dégage, c'est que le notaire devait répondre du préjudice causé au client par la nullité résultant d'un vice de forme, mais il ne répondait pas des nullités résultant du fond du droit.

(1) Bauby, *De la Responsab. des not.*, p. 300.

Bientôt après, on le déclara tenu de son dol et aussi de la faute « si lourde qu'elle en soit inexcusable et mérite de passer pour dol (1) ». Quant aux fautes d'impéritie ou de négligence, on ne paraît pas en avoir rendu le notaire responsable. Quelques auteurs ont bien soutenu le contraire ; mais ils admettent eux-mêmes, qu'à moins de circonstances aggravantes, les Parlements n'appliquaient jamais aux notaires une responsabilité aussi étroite. On devait, du reste, le reconnaître, puisque l'on affichait dans les études : « Les notaires ne sont pas garants des nullités, fautes, omissions ou erreurs par eux commises sans dol ni fraude. »

Quant à l'ordonnance du 22 septembre 1772, on ne voit pas en quoi ses termes généraux auraient suffi à modifier les principes admis jusque-là, ce changement serait d'autant moins admissible que les cours et les tribunaux ne se départirent pas de leur indulgence à l'égard du notariat.

Depuis cette époque, les choses ont changé, des catastrophes malheureusement trop fréquentes se sont produites, et la jurisprudence a cru les enrayer en exagérant la responsabilité des notaires, en voyant toujours en eux des agents d'affaires, lorsque l'opération faite par leurs soins avait été mauvaise. Mais cette manière de faire va au-delà du but qu'elle poursuit : au lieu de protéger le public, elle l'expose à des pertes inévitables. En présence de la sévérité

(1) V. Ferrière, *Parfait notaire* ; édition de 1741. Voir aussi l'édition de 1692, p. 39.

déployée plus particulièrement en matière de placements hypothécaires, les clients ont une tendance de plus en plus grande à prendre le notaire pour l'assureur du placement; ils s'habituent par suite à négliger la surveillance de leurs propres intérêts. Le notaire se voit alors exposé à des poursuites en responsabilité très nombreuses, pour la plupart imprévues et contraires à loi de son institution, trop souvent il succombe sous le poids de ces responsabilités et entraine le public dans sa ruine (1).

C'est en s'inspirant de ces résultats pratiques et en se basant sur les vrais principes de la matière, que quelques récents arrêts, peu nombreux encore, mais qui sont, croyons-nous, appelés à exercer une heureuse influence, ont dégagé la véritable responsabilité des notaires, sans exagération, mais aussi sans faiblesse. Cette tendance toute nouvelle doit être encouragée; car si nous sommes l'adversaire d'une sévérité exagérée, nous croyons aussi que le notariat aurait tout à perdre à réclamer l'application d'un système basé sur une irresponsabilité systématique.

Nous allons rechercher, dans cette étude, quelles sont les obligations dont est tenu le notaire et quelle responsabilité doit en découler. Avec une délimitation aussi nette que possible, on évitera de juger d'après des impressions : au lendemain d'une catastrophe frappant un officier ministériel, on pourrait se laisser entraîner à une sévérité injustifiée; or,

(1) Circulaire du Comité des notaires des départements, nº 224.

dans une matière aussi délicate que celle d'une responsabilité notariale, rien ne doit être laissé à l'arbitraire ; en dehors d'une obligation certaine violée, il ne faut pas que les juges puissent condamner. Or, nous allons voir que la difficulté consiste précisément à fixer d'une façon précise l'étendue de ces obligations.

Pour bien apprécier la responsabilité encourue par le notaire dans un placement hypothécaire, il faut examiner la part plus ou moins grande qu'il a prise dans l'opération, le rôle plus ou moins important qu'il a joué.

Le notaire peut s'être renfermé dans sa mission strictement professionnelle, il se sera alors tenu en dehors de l'opération de placement et n'aura été que le rédacteur des volontés des parties. Les clients s'étant mis d'accord en dehors de lui, lui demandent seulement de constater leurs volontés, de les revêtir de la forme authentique indispensable à l'existence même de l'hypothèque.

Le notaire a pu aussi dépasser le cercle assigné par la loi à son ministère ; il a pu prendre un rôle plus actif dans le placement, rôle qui, nous le verrons, a pu varier dans de vastes proportions. La responsabilité de l'officier public variera alors dans la même mesure, mais ce sera toujours une responsabilité contractuelle ou quasi-contractuelle, extra-professionnelle, dirons-nous, pour l'opposer à celle qui naît du rôle strictement professionnel dont nous venons de parler. Ce sera là notre grande division.

PREMIÈRE PARTIE

De la Responsabilité professionnelle.

Nous n'allons examiner ici que la responsabilté du notaire simple rédacteur de l'acte constatant le placement hypothécaire ; nous supposons cet officier public dans l'exercice de ses fonctions, sans aucune complication de mandat ou de gestion d'affaires d'aucune sorte. Nous ne voulons voir le notaire que comme fonctionnaire public. Or en cette qualité, il peut causer un préjudice à autrui, en devra-t-il réparation?

I

PRINCIPES DE LA RESPONSABILITÉ

CHAPITRE PREMIER

Base de la Responsabilité notariale.

Avant d'examiner sous quelles conditions et dans quels cas existera la responsabilité civile, il y a lieu de se demander où se trouve le principe de cette responsabilité, quelle en est la base, le fondement juridique.

Le siège de la responsabilité de droit commun se trouve dans les articles 1382 et 1383 du Code civil, ainsi conçus : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » Article 1382. « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence. » Article 1383.

Mais le notaire en tant qu'officier public a une loi qui lui est propre, c'est la loi organique du 25 ventôse de l'an XI, l'application de cette loi va-t-elle le soustraire au droit commun?

Pour donner une réponse à cette question qui a fait naître de nombreux systèmes, il convient de voir

quelle est la nature des rapports du plaignant, le client, et du défendeur, le notaire.

Lorsque nous disons, en effet, que les particuliers sont soumis à l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil, nous supposons qu'il étaient étrangers à toute obligation contractuelle ou quasi-contractuelle vis-à-vis de la victime du dommage par eux causé, autrement, leur responsabilité serait celle qui résulte de la violation de tout contrat ou quasi-contrat. Le notaire lui, à raison même de la fonction dont il est revêtu, n'est pas dans une situation qui apparaisse aussi simple, du moins à première vue ; on peut en effet se demander si son rôle d'officier public ne crée pas entre lui et ses clients un lien d'une nature particulière.

C'est ainsi que M. Laurent (1) a soutenu que le notaire qui se borne à son rôle purement professionnel serait tenu d'une responsabilité contractuelle, car il y aurait une convention tacite entre lui et son client : « il y a contrat, proposition faite par la partie et acceptation faite par le notaire ; celui-ci s'engage à rédiger l'acte avec le soin qu'un officier public doit apporter à l'accomplissement de ses œuvres. » Cette opinion, dont la conséquence est d'entraîner l'application de l'article 1137, Code civil, n'a pas eu grand succès malgré l'autorité de son auteur. Elle a le tort en effet d'oublier que le notaire est avant tout un fonctionnaire public, qu'agissant en qualité de notaire, il accomplit une obligation de sa fonction pu-

(1) *Principes de droit civil français*, XX, nos 507 et s.

blique (1). Quoique n'étant pas un agent dépositaire de l'autorité publique, il n'en est pas moins le délégué direct de l'autorité souveraine (2). D'ailleurs, pourrait-on ajouter, un contrat suppose la liberté des deux parties, or le notaire n'est pas libre de refuser son ministère (art. 3 de la loi du 25 ventôse an XI.)

Le système de M. Laurent a été repris par M. Emond (3) qui l'a complété quant aux rapports du notaire avec les tiers. Il voit une source de responsabilité vis-à-vis de ces derniers dans ce fait que l'officier public a sollicité la fonction notariale; il y aurait dans cette demande un fait volontaire donnant naissance à un quasi-contrat, d'où responsabilité quasi-contractuelle. Mais, peut on répondre, si le notaire sollicite la fonction il ne se crée pas fonctionnaire : on le nomme, il n'y a donc pas là un fait purement volontaire. D'ailleurs, la sollicitation des fonctions notariales ne serait jamais à vrai dire qu'une cause secondaire de la responsabilité.

Mais si l'on ne peut trouver le principe de la responsabilité notariale dans un lien contractuel ou quasi-contractuel, où le cherchera-t-on, sinon dans la loi?

Nous sommes ainsi ramené au conflit du droit commun de 1382 et suivants et du droit notarial. Avant de le trancher, il faut encore débarrasser le terrain d'une théorie qui a pour base aussi le man-

(1) P. Pont, *Rev. du not.*, nº 181, II, p. 165.

(2) Bauby, *Traité théorique et pratique de la Responsabilité civile des notaires*, p. 26.

(3) *De la Responsab. civ. des notaires*, 1892, pp. 21-39.

dat; mais un mandat qui dériverait non plus d'une convention tacite mais de la loi elle-même, dans l'intérêt des clients. Cette théorie, dite du mandat légal, est surtout intéressante par la conséquence qu'on en a tirée, à savoir que le notaire serait obligé d'éclairer les parties; aussi l'examinerons-nous en détail à l'occasion des obligations professionnelles. Mais nous voulons dès à présent signaler ce qu'elle a de contraire à la qualification de « fonctionnaire public » que la loi de Ventôse donne au notaire, et à cette idée que celui-ci ne peut représenter des contractants qui figurent eux-mêmes dans un placement (1). Du reste ce système paraît avoir été laissé un peu de côté comme base de la responsabilité, alors cependant, que l'obligation si lourde d'éclairer les parties, qui en est résultée, est admise presque toujours par la jurisprudence.

La responsabilité professionnelle que peut encourir le notaire a, disons-nous, son principe dans la loi; mais, encore, faut-il savoir quels textes seront applicables : va-t-on déclarer ce fonctionnaire public soumis au droit commun des articles 1382 et 1383, Code civil? Devra-t-on, au contraire, se référer à la loi organique du notariat? Ne serait-il pas possible enfin de combiner tous ces textes? Grave question sur laquelle de nombreux systèmes se sont fait jour. Nous allons exposer notre manière de voir en repous-

(1) Comme le dit fort bien P. Pont, *Rev. du not.*, n° 181, le notaire qui instrumente « est le mandataire de la loi, il n'est pas le mandataire légal des parties ».

sant les théories adverses présentées sous forme d'objections.

En vertu de ce principe, que chaque institution doit être régie par les règles qui lui son propres (1), il faut se reporter d'abord à la loi organique du notariat, la loi du 25 ventôse de l'an XI. Cette loi, il faut le reconnaître, paraît s'être préoccupée assez peu de la question de responsabilité ; néanmoins l'article 68 y fait allusion lorsqu'il dit, après avoir déterminé certains cas de nullité des actes authentiques : « Sauf, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant. » Nous verrons plus loin, lorsque nous examinerons le caractère de la responsabilité, toutes les discussions que soulèvent les mots : « s'il y a lieu » ; pour le moment nous devons nous efforcer de défendre le principe même de responsabilité contenu dans cet article 68, contre ceux qui prétendent que ce texte ne devrait même pas pouvoir être invoqué comme contenant un pareil principe. L'article 68, disent-ils, n'a entendu que se référer au droit commun de la responsabilité quasi-délictuelle (2). On peut leur répondre que si l'article 68 n'avait pas d'autre but, sa partie finale, celle que nous étudions, serait au moins inutile. On s'est

(1) « Il faut, dans chaque genre d'affaires, consulter la loi qui lui est propre ; autrement, tout deviendrait incertain, si l'on voulait, pour ainsi dire, dépayser les principes. » D'Aguesseau, Œuvres VIII, p. 483.

(2) V. notamment Drouart, *De la Responsab. des not.*, pp. 62, 77 et suiv.

encore appuyé pour repousser ce texte sur cet adage « *posteriora prioribus derogant* » ; le Code civil qui est postérieur à la loi de l'an XI, aurait donc d'après eux abrogé notre article (1). Ce raisonnement a le grand tort d'oublier que les lois générales n'abrogent pas les lois spéciales, à moins d'une disposition expresse. Il n'y a donc pas lieu de tenir compte d'une pareille théorie qui aurait, d'ailleurs, comme conséquence, d'entraîner à la charge du notaire une responsabilité très étroite et peu en harmonie avec sa situation délicate et ses multiples occupations.

L'article 68 reste donc pour nous le siège de la responsabilité notariale ; mais ce texte est incomplet, il ne prévoit pas, en effet, tous les cas qui peuvent résulter de la non exécution des règles posées par la loi organique elle-même. C'est ainsi qu'il laisserait sans sanction la violation de principes importants, tels que ceux contenus dans les articles 3, 4, 11, 15, 16 et 18 de ladite loi. Cette conséquence inadmissible nous autorise à croire qu'il y a lieu de compléter l'article 68 par d'autres dispositions.

Il s'est rencontré cependant des auteurs (2) et même certains arrêts (3) qui ont soutenu que l'article en ques-

(1) Lyon, 13 avril 1832, D., 33, 2, 168. — Rennes, 20 mars 1841, D., 41, 2, 233 ; S., 41, 2, 418. Jn., 11071.

(2) Avignon, *Des origines du not. et de la responsab. du not. envers leurs clients.* — Mourlon et Jeannest Saint-Hilaire, formulaire, p. 17. — Defrénois, formulaire IV, n° 8125. — Pagès, *De la responsab. des notaires*, p. 9. — P. Pont, *De la responsab. notariale, Rev. du not.*, n° 133, II, p. 5.

(3) Nous devons même dire que jusqu'en 1837, cette théorie a

tion était le seul texte applicable à la responsabilité notariale. Ils ont invoqué en ce sens l'ancien droit et ont prétendu que des travaux préparatoires de la loi de l'an XI, résultait que rien ne devait être modifié de l'ancien droit ; ils ont dit, enfin, que les dommages-intérêts étaient assimilés à des peines ; or, celles-ci ne peuvent être prononcées que dans des cas prévus. A ces arguments, on a très bien répondu : que, malgré tout, la loi de l'an XI avait modifié dans une certaine mesure le caractère du notaire qui devait, dès lors, voir sa responsabilité modifiée ; et que l'assimilation des dommages-intérêts à une peine était inadmissible puisqu'ils avaient pour but principal de réparer le préjudice causé. Nous ne croyons pas devoir insister davantage sur cette théorie un peu abandonnée qui, si elle a l'avantage d'être favorable au notariat, a le grave défaut de constituer un système de réparation fort incomplet.

L'article 68 ne se suffit donc pas ; à quels textes allons-nous faire appel ? En toute matière, en l'absence d'un texte spécial, on se réfère au droit commun ; c'est donc aussi au droit commun qu'il con-

triomphé en jurisprudence. V. notamment : Rouen, 7 juin 1809, S., 9, 2, 403. — Riom, 10 janvier 1810, S., 11, 2, 344 ; D., 11, 2, 52. — Douai, 29 mai 1810, S., 11, 2, 359. — Grenoble, 16 août 1810, S., 10, 2, 331. - Bordeaux, 12 juillet 1812, S., 13, 2, 241. — Nîmes, 14 février 1813, S., 14, 2, 64. — Colmar, 16 mars 1813, S., 14, 2, 5. — Paris, 16 mars 1830, S., 32, 1, 663. — Lyon, 18 janvier 1832, S., 32, 2, 363 ; D., 32, 2, 179. — Metz, 17 juin 1863, *Revue du notariat*, n° 906. — Trib. Périgueux, 31 mai 1877, *Rev. du not.*, n° 5437.

vient d'emprunter le complément nécessaire à notre théorie sur la responsabilité. Or, ce ne peut être que celui des articles 1382 et 1383 du Code civil, puisque nous avons rejeté toute idée de mandat dans les relations du notaire et de la partie lésée.

Le siège de la responsabilité professionnelle est donc dans l'article 68 de la loi de Ventôse pour les cas prévus par ce texte, et dans les articles 1382 et 1383 pour les cas non prévus. Cette combinaison de la loi organique et du droit commun a trouvé dans la doctrine de nombreux partisans (1), et la jurisprudence l'a consacrée par de nombreux arrêts et l'applique encore chaque jour (2).

(1) Arnault, *Lectures sur le notariat français*, Rec. de l'Académie de Législat. de Toulouse, XXVII, p. 252. — Augar, *Cours de not.*, I, p. 120. — Dalloz, *Rép.*, v° *Responsab.*, n° 304. — Eloy, *De la responsab. des not.*, n.os 12, 14, 22, I. — Mathieu, *De la resp. civ. des not.*, p. 92. — Vergé, *De la responsab. des not.*, n° 6, dans le formulaire du not. d'Ed. Clerc, p. 331. — Walquenart, *De la responsab. civ. des not.*, p. 98. — Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, XXXI (Paris, 1882), p. 454. — Rutgeerts et Amiaud, *Comment.*, n° 1313, III, p. 1707. — Bauby, p. 32.

(2) Cass., 27 nov. 1837, S., 37, 1, 945, D., 37, 1, 465. — Cass., 27 mars 1839, S., 39, 1, 269. D., 37, 1, 112. — Bordeaux, 27 juin 1839, S., 39, 2, 495. — Cass., req., 7 juillet 1847, S., 47, 1, 577, D., 47, 1, 268. — Cass., req. 19 juillet 1854, S., 54, 1, 603, D., 55, 1, 25. — Amiens, 9 avril 1856, S., 56, 2, 333, D., 57, 2, 20. — Cass., req. 16 août 1865, S., 65, 1, 438, D., 66, 1, 11, *Rev. du not.*, n° 1477. — Cass., req. 13 avril 1869, S., 69, 1, 318, D., 71, 1, 147. — Cass., req. 5 février 1872, S., 72, 1, 386, D., 72, 1, 225, *Rev. du not.*, 3098. — Cass., 19 mai 1885, S., 85, 1, 297, D., 85, 1, 345, *Rev. du not.*, n° 7118. — Cass., 14 avril 1886, S., 86, 1, 245, D.,

Mais cette responsabilité ne se présente-t-elle pas avec un caractère particulier tenant à la situation même du notaire? Outre que ce dernier n'est pas libre de refuser son ministère, il peut se trouver parfois obligé de s'occuper de plusieurs affaires en même temps et qui toutes exigent de sa part une grande attention, ce qui est plus particulièrement vrai lorsqu'il s'agit de placements hypothécaires. Sa responsabilité devra-t-elle être illimitée?

« Amenés à chaque instant du jour à intervenir dans les affaires privées, les notaires verraient leur existence sans cesse compromise s'ils devaient être déclarés responsables sans limites du préjudice que les actes passés devant eux pourraient causer à l'une ou à l'autre des parties. La loi ne peut exiger du notaire une attention sûre et soutenue que ne comporte pas la faiblesse humaine, une connaissance approfondie de toutes les lois qui, de près ou de loin, doivent influer sur les stipulations, un jugement toujours parfait sur des questions de droit, dont les plus incontestées aujourd'hui ne sont pas à l'abri d'une variation du lendemain; enfin, une rédaction toujours claire et légale, contrairement aux difficultés communes du langage et aux difficultés non moins grandes de la corrélation à établir entre les conventions et la loi (1). »

86, 1, 466. — Cass., 24 décembre 1888, S., 89, 1, 103, D., 89, 1, 165, *Rev. du not.*, 8056; *Gaz. Pal.*, 89, 1, 107, *Pand. fr.*, 89, 1, 346; *J. du not.*, 1889, p. 56; *J. P.*, 89, 1, 251.

(1) Dalloz, *Rép.*, v° *Responsab. des not.*, n° 304.

Aussi, la grande majorité des auteurs (1) et la jurisprudence (2), ont-elles admis qu'il y avait lieu de ne pas juger le notaire avec toute la rigueur qu'entraînerait l'application du droit commun. Cette manière de faire n'est du reste pas arbitraire, elle a son fondement dans la loi spéciale au notariat, qui l'exprime par ces mots : « s'il y a lieu », contenus dans l'article 68. Quelques auteurs ont bien soutenu qu'il n'y avait là qu'une référence au droit commun (3) ou une allusion à la condition de réunion des éléments de responsabilité (4). Mais on leur a répondu péremptoirement, d'après nous, que c'était prêter au législateur une inutilité, sinon une naïveté.

On ne saurait davantage soutenir que l'expression « s'il y a lieu », signifie « s'il y a dol ou faute lourde ». Cette interprétation s'appuie sur l'ancien droit, qui ne déclarait le notaire tenu que de son dol ou de sa faute lourde ; or, nous savons ce qu'il faut penser de cette prétendue conformité absolue de la loi de Ventôse aux théories de l'ancien droit. D'ailleurs, Bigot-Préameneu a, dans l'exposé des motifs de la loi de l'an XI, montré l'intention bien arrêtée du législateur de ne pas renouveler la distinction entre les différentes fautes (5).

(1) V. les noms des auteurs cités en note p. 17, auxquels il convient d'ajouter ceux cités p. 15, note 2.

(2) V. les arrêts cités p. 17, note 2 et p. 15, note 3.

(3) Drouart, v. ci-dessus, p. 14.

(4) Laurent, XX, nos 507 et s.

(5) Edition Didot, V, p. 17.

La seule interprétation satisfaisante que l'on puisse donner de ces mots : « s'il y a lieu », est la suivante : « la responsabilité sera ou non prononcée *suivant les circonstances* » ; par là, il faut entendre que le juge aura un pouvoir d'appréciation quant au degré de la faute commise, il pourra décider si, d'après les circonstances, elle est suffisamment grave pour entraîner la condamnation. C'est là l'explication qui se présente le plus naturellement à l'esprit, la seule à laquelle on ne puisse faire aucune objection sérieuse, et elle a en outre l'avantage de pouvoir invoquer en sa faveur certaines données fournies par les travaux préparatoires (1).

Les mots : « s'il y a lieu », sont contenus dans l'article 68, on pourrait être tenté de se demander si, lorsqu'on sera en présence d'une responsabilité qui a son principe dans les articles 1382 et 1383 C. civ., on aura le droit de faire appel à cette atténuation facultative. Nous n'hésitons pas à nous prononcer pour l'affirmative ; il nous paraît, en effet, que si l'article 68 est spécial à quelques nullités dans la première partie de son texte, dans la deuxième, il fait l'application à ces cas spéciaux d'une théorie de responsabilité qui, elle, est générale et peut par suite s'appliquer en dehors de ce texte. On ne voit pas pourquoi, du reste, on limiterait cette disposition favorable aux seuls cas indiqués par l'article 68 ; il y a, au contraire, tout lieu de croire que le législateur ayant dérogé au

(1) V. sur ce point, P. Pont, *Rev. du not.*, n° 133, II, p. 6. — Rolland de Villargues, *Code du not.*, p. 81.

droit commun en considération des raisons de justice que nous faisions valoir tout à l'heure, il a entendu faire de cette dérogation le droit commun du notariat.

Le notaire ne sera donc plus seulement responsable de la faute lourde comme le décidait l'ancien droit; mais il ne sera pas pour cela tenu de la plus légère, car le juge se souviendra que la loi en lui donnant la liberté d'appréciation que nous venons d'examiner, lui interdit de se contenter d'une faute quelconque, surtout pour la réparation intégrale du préjudice.

CHAPITRE II

Etendue de la Responsabilité.

Nous venons de voir que les tribunaux avaient le droit de ne condamner le notaire que s'ils le croyaient opportun, s'ils jugeaient la faute assez grave, en un mot s'il y avait lieu; mais faudra-t-il leur reconnaître un tel pouvoir d'appréciation quant à l'étendue de la responsabilité? S'il y a lieu de prononcer la condamnation, le juge peut-il n'accorder à la partie lésée que les dommages-intérêts qu'il trouve bon de lui attribuer?

On a soutenu (1) qu'ici le juge serait lié de la façon la plus étroite, c'est le préjudice tout entier qu'il faut réparer. La loi, dit-on, veut que les juges proportionnent la condamnation au préjudice ; en cette matière qui intéresse la fortune de tous les citoyens, elle n'a voulu laisser aucune place à l'arbitraire. Et l'on ajoute : il s'agit d'une réparation, or pour qu'il y ait réparation, il faut que les choses soient remises en l'état primitif : une réparation partielle n'est pas une réparation. On invoque enfin l'article 1149 du Code civil, qui fixe la quotité des dommages-intérêts à la

(1) Lefrançois, *De la Responsab. des not.*, pp. 107 et s.

perte subie par la partie lésée et au gain dont on l'a privée, sans permettre aucune atténuation. A ce dernier argument, nous répondrons que l'article 1149 ne s'applique qu'à l'inexécution des obligations conventionnelles, ce qui n'est pas ici le cas. D'ailleurs, ce texte dit : « Les dommages-intérêts... sont, en général... » cela suppose bien qu'il peut y avoir des exceptions. Or, rien ne prouve que la théorie favorable au notariat, que presque tous les auteurs et la jurisprudence voient dans l'expression : « s'il y a lieu », ne s'applique pas aussi bien à l'étendue qu'à l'existence de la responsabilité. Est-ce, d'ailleurs, bien difficile d'admettre que le juge, auquel on reconnaît la liberté de trouver ou non la faute assez grave pour entraîner la responsabilité, puisse, tout en l'admettant, ne condamner à réparer que dans une certaine limite? Pourquoi serait-il obligé de condamner à une réparation intégrale, puisqu'il aurait pu ne pas condamner du tout, malgré la faute du notaire?

En fait, nous considérons comme très utile cette liberté laissée aux tribunaux, en présence du système si rigoureux admis par eux d'autre part : nous voulons parler de l'obligation d'éclairer les parties. Ce contrepoids est, croyons-nous, d'autant plus désirable que la jurisprudence n'a jamais usé de cette faculté d'appréciation pour condamner le notaire à des dommages supérieurs au préjudice causé, et qu'elle n'oserait se mettre sur ce point en contradiction flagrante avec ce principe incontestable, qu'une indemnité qui en tout ou en partie ne correspondrait pas à un préjudice, serait un effet sans cause.

L'utilité de la faculté d'apprécier la réparation nécessaire se présentera pratiquement, lorsque diverses circonstances semblent atténuer la faute de l'officier public : on tiendra compte du degré élevé d'instruction des parties, de la négligence personnelle du client lésé, etc. D'autre part, la faute du notaire reste parfois la même, malgré la faute propre au client, on ne pourrait donc pas atténuer la responsabilité si l'on n'avait la liberté d'apprécier que l'existence de la responsabilité : il faudrait donc condamner à réparer le tout ou absoudre. Avec la liberté d'apprécier la réparation nécessaire, on pourra, au contraire, tenir compte de l'élément étranger au notaire, la faute du client.

La jurisprudence (1), soutenue par la grande majorité de la doctrine, a reconnu aux tribunaux le droit d'arbitrer, selon qu'il y a lieu, le quantum des dommages-intérêts dus à la partie lésée : « Attendu dit un arrêt de Cassation du 19 mai 1885 (2), que les

(1) Rejet, 14 mars 1822, D., *Rép.*, v. *Resp.*, n° 307, 1°. — Nancy, 2 février 1838 et Req. 27 mars 1839, *ibid.*, n° 416, 1°. — Nîmes, 29 avril 1863, D., 65, 2, 14. — Pau, 5 février 1866, *Rev. du not.*, n° 1570. — Lyon, 8 février 1867, D., 67, 2, 154. — Rejet, 28 févr. 1872, D., 73, 1, 485. — Rejet, 19 juin 1872, D., 72, 1, 346. — Req., 20 novembre 1876, D., 77, 1, 172. — Cass. civ., 19 mai 1885, D., 85, 1, 345. — Rouen, 31 mars 1886, D., 87, 2, 228. — Cass., 24 décembre 1888, D., 89, 1, 165. — Cass. civ., 28 décembre 1886, *Journ. du not.*, 8 janvier 1887. — Civ. rej., 24 janvier 1887, D., 87, 1, 409. — Req , 25 janvier 1887, D , 87, 1, 473. — Civ. rej., 26 avril 1887, *Rev. du not.*, n° 7671. — Req., 19 juillet 1892, D., 93, 1, 151.

(2) D., 85, 1, 345.

dommages et intérêts *et leur quotité* dépendent de la nature et de la gravité de l'omission ou de l'irrégularité reprochées au notaire et sont subordonnés à l'appréciation équitable des tribunaux. » Bien mieux, cet arrêt casse l'arrêt de Paris parce que ce dernier avait condamné le notaire : « sans qu'on puisse reconnaître si la Cour a fait usage du pouvoir que lui attribuait la loi spéciale d'apprécier l'étendue de la responsabilité encourue par le notaire et d'y proportionner la réparation. »

CHAPITRE III

Eléments de la Responsabilité et Obligations professionnelles.

Eléments de la Responsabilité. — On ne peut parler de responsabilité civile qu'autant que certaines conditions se trouvent réunies. Il faut un préjudice causé, une faute de la part de celui que l'on dit responsable et un lien étroit entre ces deux éléments : il faut en effet que le premier résulte d'une façon directe et certaine du second. Le préjudice pouvant être le même en matière extra-professionnelle qu'en matière professionnelle, nous n'en parlerons que plus tard. La faute, au contraire, sera fort différente suivant le rôle joué par le notaire. Quand pourra-t-on dire que l'officier public est professionnellement responsable ? Quand sera-t-il en faute ?

En dehors même de tout lien contractuel antérieur, entre l'auteur du préjudice et la partie lésée, ce qui est ici le cas, on peut dire que la faute consiste dans la violation d'une obligation. Mais alors, il faut entendre d'une obligation légale au sens de devoir : devoir qui consiste à ne pas violer le droit d'autrui (1).

(1) Encore faut-il observer que l'inexécution d'un devoir doit être injustifiée ; il faut qu'il y ait violation coupable du droit d'autrui.

C'est là la faute dont parle l'article 1382. Mais le notaire comme tel est en plus, tenu d'observer les règles de sa profession et le préjudice qu'il n'était pas tenu d'éviter comme particulier, il en est responsable s'il l'a commis en n'observant pas ses obligations professionnelles. Nous devons donc déterminer quelles sont ses obligations professionnelles.

Obligations professionnelles. — La loi du 25 ventôse de l'an XI qui est la charte du notariat, impose au notaire certaines obligations ; mais il en existe d'autres qui résultent, les unes de la loi du 22 frimaire de l'an VII (1), les autres du code civil (2). Sur ces obligations, pas de difficulté : elles résultent d'un texte, personne ne met en doute qu'elles s'imposent au notaire.

Mais en dehors d'un article de loi formel, faut-il admettre qu'il puisse y avoir à la charge de l'officier public des obligations qui résulteraient de l'esprit des lois notariales, ou des motifs qui ont déterminé l'adoption de la loi du 25 ventôse, ou de la conception générale du notariat (3) ?

La jurisprudence a cru pouvoir le soutenir et c'est en se basant sur l'idée de mandat légal qu'elle a

Le préjudice causé à autrui est parfois très légitime ; c'est lorsqu'on use soi-même d'un droit, on en donne comme exemple le cas où en creusant un puits chez soi, on tarit le puits du voisin.

(1) V. les art. 20, 21 et 22 sur l'enregistrement des actes.

(2) V. les art. 1394, 1397, 1597 ; V. aussi 971 et s. ; V. enfin les textes relatifs à la spécialité, au titre des privilèges et hypothèques.

(3) Planiol, note sous Paris, 15 mars 1895, D., 96, 2, 145.

imposé au notaire une obligation nouvelle, fort lourde qui consiste à éclairer les parties tant sur la validité de l'acte que sur ses conséquences. Ce prétendu devoir professionnel imposerait au notaire, simple rédacteur d'un acte de placement hypothécaire (1), un double rôle : faire certaines démarches, prendre certains renseignements et remplir auprès des parties, spécialement du prêteur, la fonction de conseiller légal. Nous examinerons ces devoirs dans leur application, lorsque nous parlerons de la responsabilité pour faits qui touchent à la validité de l'acte ou pour faits qui lui sont étrangers, mais il est nécessaire d'examiner dès à présent la valeur juridique du système adopté par la jurisprudence.

Nous ferons observer tout d'abord que nous avons cherché en vain dans les nombreux arrêts sur notre matière un argument juridique qui justifiât le système qu'ils adoptent. Nous allons, pour permettre d'en juger, mettre sous les yeux les termes mêmes d'un jugement qui a été considéré comme le type de tous ceux intéressant la responsabilité professionnelle. C'est un jugement du tribunal de Soissons, du 13 mai 1857, confirmé par la Cour d'Amiens le 24 novembre 1857 et par la Cour de Cassation le 3 août 1858 (2) ; il s'exprime ainsi : « Considérant que les notaires n'ont pas seulement pour mission de donner un caractère d'authenticité aux actes qu'ils rédigent,

(1) Nous ne parlons que des placements hypothécaires, mais la théorie de la jurisprudence est générale.

(2) S., 58, 1, 817 ; D., 58, 1, 374.

que dans son esprit et d'après ses motifs mêmes, la loi qui les institue a entendu leur conférer un rôle plus digne et plus élevé, qu'elle les considère comme des conseils désintéressés des parties, aussi bien que comme des rédacteurs impartiaux de leurs volontés, comme des régulateurs des engagements qu'elles veulent contracter, chargés de faire connaître toute l'étendue des obligations qui en dérivent et de les rédiger avec clarté, qu'ils remplissent une magistrature et donnent par leur caractère une sanction pratique à toutes les lois. La doctrine et la jurisprudence s'accordent (1) à reconnaître que les notaires ont le devoir d'éclairer les parties sur ce qui peut les intéresser dans les actes qu'elles passent devant eux et de leur en faire comprendre la portée et les conséquences. » « Cette obligation, ajoute le jugement, est de l'essence même des fonctions du notaire. » Mais c'est précisément cela qu'il faudrait prouver, or, on se borne à le poser en principe. Sans doute, les notaires se considèrent en fait comme tenus de renseigner et de conseiller les parties, mais ce n'est qu'à titre d'obligation morale. Sans donte, ils ont conscience de ce rôle digne et élevé, de cette magistrature dont parle la jurisprudence et ils s'efforcent d'y conformer leurs actes. Mais, qu'en l'absence d'un texte formel on transforme un devoir moral en une véritable obligation professionnelle doublée d'une

(1) Cette affirmation est inexacte ; la doctrine presque toute entière proteste et la jurisprudence antérieure était en sens opposé, nous allons d'ailleurs l'établir.

responsabilité sans mesure, c'est ce que nous ne saurions admettre. Il n'est pas rationnel d'ailleurs d'étendre plus loin qu'un devoir moral l'obligation d'intervenir comme un tuteur légal ; car c'est forcer pour ainsi dire l'officier public à pénétrer dans toutes les affaires des parties, à s'en faire le directeur et presque la caution.

Bien mieux, nous avons vu que l'idée de mandat légal que l'on a songé à mettre à la base de cette obligation jurisprudentielle était antijuridique, vu le caractère de fonctionnaire public dont le notaire est revêtu et étant donné ce principe qu'on ne peut suppléer une personne capable et qui agit elle-même dans l'acte. N'avons-nous pas vu d'ailleurs que la jurisprudence n'avait pas cru pouvoir donner comme base à la responsabilité l'idée de mandat légal, en sorte que l'obligation d'éclairer les parties semble avoir perdu son fondement essentiel, celui qui lui donnait un semblant de raison (1). Cette inconséquence tient sans doute à ce que les tribunaux, se dispensant de donner un appui juridique, soit à l'idée de mandat légal, soit à l'obligation d'éclairer les parties, se sont dès lors laissés guider par des considérations de fait. Ils ont cru que s'ils ne mettaient pas à la charge du notaire ce devoir nouveau d'éclairer

(1) Elle est née, en effet, du mandat légal, théorie qui apparut pour la première fois en 1812, mais ne fut appliquée dans le sens où nous l'examinons que vers 1840. Jusque là, on ne l'employait que pour procurer au notaire une action solidaire contre ses clients pour le paiement de ses frais ou honoraires.

les parties, l'officier public jouirait d'une irresponsabilité trop large. C'est en cela qu'ils se sont, croyons-nous, trompés.

Jusque vers le milieu du dix-neuvième siècle, la jurisprudence d'accord avec la doctrine, n'avait jamais cru nécessaire de faire appel à l'obligation professionnelle dont nous parlons. Depuis, les textes n'ont pas changé, la profession notariale n'a pas été remaniée, et cependant les tribunaux ont cru devoir rompre avec la tradition et ce sans en donner des motifs, sans s'appuyer sur aucun argument autre que l'esprit des lois notariales. Et ceux qui défendent le système actuel de la jurisprudence, M. Planiol (1) notamment, ont cru justifier leur théorie en disant : « à ces devoirs, on ne peut trouver d'autre base que la conception générale du notariat, conception nécessairement flottante abandonnée aux discussions et aux aprécia-tions variables des tribunaux, puisque la loi ne l'a pas précisée. » Comment ! nous avons une loi spéciale au notariat qui pose en termes très clairs les obligations des notaires, et pour créer des responsabilités nouvelles en une matière aussi grave, on se croit le droit de faire appel à une conception aussi vague, aussi « flottante » que celle dont on parle ? Mais, au moins, faudrait-il nous montrer quelle est cette conception générale du notariat ? Est-elle représentée par l'usage ? mais l'usage n'est pas uniforme, et le serait-il, en vertu de quel principe le transformerait-on en une véritable loi s'imposant au notaire ?

(1) Note sous Paris, 15 mars 1895, D., 96, 2, 145.

A-t-on davantage le droit d'invoquer les motifs qui ont déterminé l'adoption de la loi spéciale au notariat? En supposant même que l'on nous montre ces motifs favorables à l'obligation d'éclairer les parties, ce que l'on ne fait même pas, nous ne nous croirions pas engagé à admettre le système de la jurisprudence ; car la loi seule peut imposer des obligations : les opinions émises par quelques-uns de ses rédacteurs ou même par des rapporteurs ne prouvent pas d'une façon péremptoire que la loi ait été faite dans tel ou tel esprit. Comme on l'a fort bien fait observer, les travaux préparatoires ont une certaine autorité lorsqu'il s'agit d'interpréter une disposition, mais en l'absence de toute disposition, ils sont absolument dénués de force.

Le système de la jurisprudence est particulièrement dangereux, on pourra augmenter chaque jour la liste des obligations professionnelles. On ouvre aux tribunaux un champ d'appréciation illimité ; or, « l'arbitraire illimité n'est pas dans l'esprit de notre législation moderne, dit Laurent, elle tend au contraire à enchaîner le juge par des règles invariables. Pourquoi le législateur aurait-il consacré dans la loi de Ventôse un arbitraire qu'il repousse ailleurs ».

Et parce que nous refusons d'admettre à la charge du notaire d'autres obligations professionnelles que celles qui résultent d'un texte formel, est-ce à dire que nous arrivions à une irresponsabilité complète? Loin de là, nous croyons encore qu'il sera possible le plus souvent, en cas de préjudice dont on ne devrait réparation ni en vertu des lois notariales propre-

ment dites ni en vertu d'un devoir s'imposant à tout individu, d'invoquer encore la responsabilité; ce sera en vertu d'un principe d'ordre général adapté à notre matière : le principe de bonne foi et plus spécialement : *la bonne foi notariale.*

Aussitôt que nous sommes mis en rapport avec une personne, nous prétendons exiger d'elle qu'elle n'agisse à notre égard qu'avec bonne foi ; mais si nous lui avons donné une mission de confiance qu'elle a acceptée, nous nous croyons en droit d'exiger d'elle une bonne foi plus grande encore. Le notaire, à raison de son rôle professionnel, doit à ses clients d'agir avec la plus grande probité : tout le monde le reconnaît et de tout temps on n'a pas hésité à dire qu'il doit répondre de son dol (1). Mais l'intérêt de la question réside tout entier dans l'appréciation de cette bonne foi. N'est-on pas autorisé à dire que la bonne foi notariale n'est pas tout à fait la bonne foi ordinaire? Ne peut-on prétendre qu'en dehors de l'élément subjectif qui en est la base, elle emprunte quelque chose à la fonction élevée du notariat? Cette mission, toute de confiance, dans laquelle on a vu une sorte de magistrature, n'exige-t-elle pas de celui qui la remplit une conscience plus délicate ! *Ante omnia probitas,* telle doit être la devise du notariat,

(1) On remarquera que nous parlons du dol commis en dehors même de toute obligation professionnelle violée. Lorsqu'il y a faute professionnelle, la bonne foi importe peu, pour la prononciation de la responsabilité : la mauvaise foi n'étant pas un élément nécessaire de la faute. Fuzier-Hermann, t. XXVIII, p. 765.

et l'article 47 de la loi de Ventôse lui imposer le serment d'exactitude et de probité. C'est la même idée qui inspire le législateur lorsqu'il punit plus sévèrement (art. 408, C. pén.) l'abus de confiance, commis par un officier public ou ministériel.

Sans doute, la bonne foi est chose fort variable, mais nous verrons, dans les applications, que certaines circonstances peuvent aider à la dégager. L'usage constant et bien établi suivi généralement par les notaires, usage qui ne suffirait pas, contrairement à ce qu'a semblé dire la jurisprudence, à créer une véritable obligation professionnelle, servira souvent à montrer que l'officier public, qui ne s'y est pas conformé, n'a pas agi avec toute la bonne foi désirable. Dire ainsi que l'usage non observé fera souvent apparaître la mauvaise foi, ne revient pas au même que de transformer l'usage en loi professionnelle : dans ce dernier cas, en effet, le notaire ne pourrait jamais dégager sa responsabilité, tandis qu'avec notre manière de voir, le notaire aurait pu se constituer de bonne foi en avertissant les parties qu'il se limitera à ses obligations légalement professionnelles et qu'il ne fera pas pour elles ce que l'usage voudrait qu'il fasse. Et pour n'en donner qu'un exemple, s'il est d'usage, dans une région, qu'un notaire, simple rédacteur, vérifie les titres de propriété de l'emprunteur sur l'immeuble hypothéqué, le notaire sera dégagé de toute responsabilité à cet égard s'il a constaté dans l'acte qu'il ne se chargeait pas de cette vérification, au lieu que, si l'usage est transformé en obligation professionnelle, rien ne dispenserait le

notaire de cette vérification. On voit par là l'importance qu'il y a à faire la distinction que nous indiquons.

Entre l'obligation d'éclairer les parties et notre théorie de la bonne foi notariale, il y a encore cette sensible différence, c'est que la preuve de la mauvaise foi reste à la charge de celui qui l'invoque, au lieu qu'avec le système de la jurisprudence, ce serait le notaire qui aurait la charge de prouver qu'il a rempli l'obligation d'éclairer les parties.

Et qu'on ne nous accuse pas de créer une théorie arbitraire : la bonne foi notariale n'est autre chose que la bonne foi ordinaire, mais appréciée plus sévèrement : sa nature n'est pas modifiée. Ce que nous empruntons à « la conception générale » du notariat ce n'est plus, comme M. Planiol et la jurisprudence, des obligations professionnelles nouvelles ; c'est seulement une interprétation plus étroite du principe de bonne foi, et cela, croyons-nous, elle peut le donner.

Théorie trop élastique, nous dira-t-on. Sans doute, elle n'a pas toute la précision qu'on pourrait désirer, mais que nous offre-t-on de mieux ? Quels sont ceux qui nous feront cette objection ? Les partisans du système de la jurisprudence oseront-ils nous la faire ? Leur « conception générale du notariat » leur « esprit des lois notariales » sont-ce des choses plus fixes ? sans parler de l'arbitraire et du fondement antijuridique qu'elles contiennent.

Nous disons donc : le notaire n'a d'autres obligations professionnelles que celles qui résultent d'un texte précis ; mais, en dehors de cela, il doit agir

avec la plus entière bonne foi. Il n'est pas obligé d'éclairer les parties; mais, s'il connaît certaines situations de fait qu'il peut dévoiler, il n'agirait pas de bonne foi en ne les signalant pas aux clients. Il n'a pas à conseiller les parties sur certaines conditions de fond requises pour la validité (1) ou sur les conséquences que peut entraîner l'acte ; mais s'il les connaît ou les prévoit, il ne serait pas de bonne foi s'il ne faisait pas part aux clients de ses connaissances ou de ses craintes. Quant aux usages relatifs, aux renseignements à prendre ou aux conseils à donner, nous venons de dire dans quelle mesure ils pouvaient influer sur la bonne foi.

Un arrêt tout récent de la Cour d'appel de Toulouse (2), rendu en matière de placements hypothécaires, n'admet pas d'obligations professionnelles autres que celles imposées par la loi et en dehors de ces obligations, il s'adresse au principe de bonne foi : « Attendu qu'il convient de remarquer qu'un notaire qui n'est ni mandataire ni gérant d'affaires ne peut être tenu ni de prendre, ni de fournir des renseignements sur la valeur des immeubles qui vont faire l'objet d'un contrat hypothécaire, que s'il en recueille et en transmet, ce ne peut être qu'à titre purement of-

(1) Nous ne parlons pas de celles dont il devrait s'assurer l'existence en raison même de ses obligations professionnelles. Cela ne s'applique pas non plus au cas où on le rendrait responsable à raison de cette idée que *nemo censetur ignorare legem*. Nous allons du reste préciser ces idées dans des applications.

(2) Toulouse, 22 mai 1900, *Rép. gén. du not.*, 1900, n° 11536 ; *Gaz. Pal.*, 1900, p. 231.

ficieux ; qu'en ce cas, il est dans la situation de toute autre personne qui donnerait des avis ou des indications ; que sa responsabilité ne peut être engagée que tout autant qu'il y aurait eu de sa part dol ou mauvaise foi. »

Cet arrêt a posé, croyons-nous les vrais principes de la responsabilité notariale et il est à désirer que cette impulsion donne à la jurisprudence une orientation nouvelle.

Mais nous croyons qu'on n'arrivera à ramener les tribunaux aux vraies solutions qu'en rejetant formellement la prétendue obligation professionnelle d'éclairer les parties et qu'il faut se garder de reconnaître la responsabilité du notaire lorsqu'il y a eu faute lourde, en dehors de toute obligation professionnelle et de toute idée de mauvaise foi. Malheureusement, cette erreur a été commise par quelques auteurs dont les tendances sont cependant favorables au notariat (1). Il est, en effet, illogique et dangereux d'amettre une semblable théorie. Illogique, car la faute n'existant que s'il y a eu violation d'une obligation légale, est-il rationnel, lorsqu'on repouse l'obligation d'éclairer les parties de déclarer le notaire responsable de la faute lourde commise relativement à cette même obligation ? Qu'on n'invoque pas l'ancien droit en ce sens, car sa théorie était bien différente : il déclarait le notaire responsable, dans l'exercice de sa fonction, de son dol et de sa faute lourde,

(1) V. notamment Belenfant, pp. 33, 60 et s. — Tréca, p. 128. — Didio, XVII, p. 576.

mais il ne mettait la faute lourde à la charge de l'officier public qu'autant que celui-ci était chargé de veiller aux intérêts des parties ; or, quand en est-il ainsi, sinon lorsqu'il se trouve dans les limites d'une obligation à lui imposée par un texte ?

Il est dangereux de donner la faute lourde comme limite à l'irresponsabilité, car quelle est la limite à la faute lourde elle-même ? C'est admettre d'ailleurs arbitrairement comme la jurisprudence des obligations professionelles en dehors de celles posées par la loi : si le notaire est tenu d'éclairer ses clients, pourquoi ne serait-il responsable que de ses fautes lourdes, car de deux choses l'une, ou l'on reconnait l'obligation d'éclairer les parties et alors cette limite ne signifie rien ou on la repousse et alors il faut la rejeter entièrement.

Les obligations légales sont donc les seules dont la violation constitue la faute du notaire ; en dehors de celles-là, on ne peut prétendre rendre le notaire responsable que de son dol ou de sa mauvaise foi, telle que nous venons de l'exposer.

Nous allons maintenant examiner en détail les faits relatifs à un placement hypothécaire et voir dans quels cas ils pourrait donner naissance à une responsabilité professionnelle.

II

APPLICATION DES PRINCIPES

DE RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE

Cas de Responsabilité professionnelle.

Parmi les devoirs généraux qui s'imposent au notaire, en cette seule qualité, figure au premier rang le devoir de prêter son ministère lorsqu'il en est requis. L'article 3 de la loi de Ventôse est formel, aussi devrait-on admettre, sans aucune difficulté, la responsabilité de l'officier public qui, sans raison valable, aurait refusé de dresser acte d'un placement hypothécaire. Si nous signalons cette obligation, c'est parce qu'il est curieux de constater que certains notaires, à raison même du système rigoureux de la jurisprudence que nous avons fait entrevoir, seraient tentés de refuser leur concours à certains placements, considérant que, vu les nombreuses responsabilités que ces opérations peuvent entraîner, les profits qui en résultent ne constituent même pas la prime d'assurance des risques assumés.

L'hypothèque ne pouvant, aux termes de l'article 2127 du Code civil, être consentie que par acte

devant notaires, il est indispensable que les clients puissent requérir le ministère de ces derniers.

Nous n'examinerons pas les autres devoirs généraux qui s'imposent au notaire rédacteur d'une obligation hypothécaire ; ce sont les mêmes que pour tout autre acte de son ministère ; et nous avons hâte d'arriver à l'examen des cas de responsabilité qui présentent un intérêt particulier en matière de placements hypothécaires.

Nous allons examiner successivement la responsabilité que l'officier public peut encourir à raison de la nullité de l'acte et celle qui peut résulter pour lui de certains faits étrangers à la validité de cet acte. Nous verrons ensuite la valeur des clauses préventives.

CHAPITRE PREMIER

Responsabilité à raison de la nullité de l'acte.

Lorsqu'un placement hypothécaire a eu lieu, il peut arriver que l'acte qui le constate soit entaché de nullité (1) à raison d'un vice qui affecte soit la forme, soit le fond, soit une formalité mixte, quelle sera la responsabillté encourue par l'officier public qui l'a rédigé?

Nullité pour vices de forme.

Les vices de forme sont ceux qui affectent l'*instrumentum*, ceux qui n'atteignent que les dehors et les apparences de l'acte (2) : il y a eu erreur ou omission dans les formalités qui doivent entourer la confection de l'acte. Il importe peu d'ailleurs que le vice de forme provienne d'une erreur ou négligence de fait ou d'une erreur de droit, en supposant toutefois que

(1) En cas de nullité de l'acte, la constitution d'hypothèque tombe d'elle-même et le créancier n'ayant plus de garantie pour le remboursement de sa créance, éprouvera le plus souvent un préjudice.

(2) Ce que certains auteurs appellent les formalités extrinsèques de l'acte.

cette dernière n'ait pas porté sur un point controversé.

En matière de placements hypothécaires, la loi ne prescrit aucune formalité particulière ; ce sont celles requises pour tous les actes en général que le notaire devra observer ; mais il devra apporter d'autant plus de soins à la rédaction d'une obligation hypothécaire, que l'hypothèque ne pouvant être consentie que par acte notarié, la nullité de l'acte fera tomber l'hypothèque sans qu'on puisse prétendre qu'elle vaut comme acte sous-seing privé.

La responsabilité du notaire n'a jamais été contestée, lorsque le préjudice résulte de la nullité causée par un vice de forme. Chacun doit, en effet, connaître les obligations que lui impose sa profession, et le notaire serait impardonnable s'il ignorait celles que la loi de Ventôse lui impose formellement.

Néanmoins certaines formalités touchant à la forme de l'acte ont soulevé quelques controverses; nous allons en dire un mot.

L'article 8 de la loi de l'an XI est de ce nombre. Ce texte défend au notaire de recevoir des actes dans lesquels ses parents ou alliés à un certain degré, seraient parties ou qui contiendraient des dispositions en leur faveur ; on en a conclu très justement par un argument *a fortiori* que ce texte devait s'appliquer au notaire lui-même. Mais quand peut-on dire que l'officier public a été vraiment partie à l'acte ou que l'acte contient quelque disposition en sa faveur? Là est la difficulté. On peut tout d'abord faire observer que, demeure bien un acte authentique valable, le

contrat d'obligation dont les fonds restent entre les mains du notaire-rédacteur pour servir à éteindre une dette dont l'emprunteur était tenu envers lui (1). Dans ce cas, en effet, l'officier public ne puise pas son propre droit dans le contrat d'obligation qu'il rédige, il n'y a donc pas vraiment disposition en sa faveur.

Il ne faudrait pas non plus conclure de l'absence du prêteur, dans une simple constitution d'hypothèque, que le notaire a agi comme mandataire ou *negotiorum gestor*, à l'effet d'accepter pour le prêteur ce qui aurait pour conséquence d'entrainer la nullité de l'acte aux termes de l'article 8. Il est, en effet, reconnu que le contrat hypothécaire est un contrat unilatéral, qui incontestablement exige le consentement du créancier, mais qui supporte fort bien que ce consentement ne soit donné qu'ultérieurement, et même tacitement disent la jurisprudence et la majorité des auteurs.

Tout autre serait le cas où l'officier public aurait effectivement joué le double rôle de rédacteur et de mandataire ou *negotiorum gestor* à l'effet d'accepter pour le prêteur absent : on pourrait dire alors que le notaire ayant joué le rôle de partie à l'acte, cet acte est nul conformément à l'article 8. Quelques auteurs (2) ont bien soutenu que malgré l'acceptation faite par le notaire, l'acte n'en serait pas moins va-

(1) Bordeaux, 3 janvier 1900, *Rec. Bordeaux*, 168, 1, 1900.

(2) Didio, *Encyclopédie du not.*, X, p. 126. — P. Pont, *Privilèges et hypoth.*, II, n° 659.

lable pourvu que le créancier donnât une nouvelle acceptation : ils s'appuient sur cet avantage : *Utile per inutile non vitiatur;* mais la jurisprudence et la majorité de la doctrine repoussent justement cette prétention ; car de ce que la présence du créancier n'était pas de rigueur, on n'est pas en droit de faire abstraction complète de l'irrégularité commise par l'officier public. L'acte est tombé sous le coup de l'article 8 de la loi de Ventôse, il est nul, comment l'acceptation du créancier pourrait-elle le rendre valable (1)? Pendant longtemps la pratique avait connu cette habitude si dangereuse de laisser le notaire accepter l'obligation hypothécaire au nom du créancier ; depuis 1866 cette manière de faire n'est plus en usage et les cas qui s'en présenteront seront sans doute très peu fréquents (2).

La question de la forme que doit avoir la procuration donnée à celui qui au nom de l'emprunteur constituera l'hypothèque, rentre aussi indirectement dans les formalités extérieures concernant un placement. Si par un certain côté elle soulève une question de fond du droit, il n'en est pas moins vrai qu'elle touche davantage encore à la forme; aussi, comme bien d'autres, en dirons-nous un mot ici. Jusque vers 1847 on s'est demandé si le constituant de l'hypothèque

(1) En ce sens : Rennes, 7 décembre 1866, *Revue du notariat*, n° 1910. — Besançon, 17 juillet 1844, S., 46, 2, 171. — Amiens, 9 avril 1856, S., 56, 2, 333. — Bordeaux, 18 janvier 1900, *Gaz. Midi*, 4 mars 1900. — V. aussi Aubry et Rau, III, p. 274.

(2) V. cependant Bordeaux, 18 janvier 1900, *Gaz. Midi*, 4 mars 1900.

devait être muni d'une procuration authentique ; mais depuis cette époque la jurisprudence exige que la procuration soit revêtue de l'authenticité, attendu que l'hypothèque est un de ces contrats solennels qui ne valent qu'autant qu'ils répondent à toutes les conditions de la loi et que « pour remplir celle capitale et fondamentale de l'authenticité, il faut nécessairement qu'elle soit imprimée à tous les éléments dont l'acte peut se composer » (1). Après quelques discussions, la doctrine s'est rangée à cette manière de voir ; dès lors la question ne faisant plus de doute, le notaire serait en faute de se contenter d'une procuration sous seing-privé donnée au constituant.

Dans tous les cas où l'on peut dire que la nullité de l'acte a eu pour cause un vice de forme, il ne faut pas oublier que le juge serait encore libre de ne pas condamner le notaire à réparer le préjudice, ou du moins à le réparer intégralement. Cela résulte de la faculté d'appréciation que lui a laissé le législateur par les mots « s'il y a lieu » de l'article 68, que nous avons déjà examiné. En fait, d'ailleurs, il est assez rare que les tribunaux en fassent usage en cette matière.

Nullité pour vices de fond.

Les vices de fond sont ceux qui affectent non plus l'*instrumentum*, mais la matière, la substance même

(1) Amiens, 9 avril 1856, D., 57, 2, 20. — Cass., 24 mai 1886, *J. N.*, 23621, S., 1886, 1, 247. — Cass., 27 juin 1881, D., 82, 1, 175. — Cass., 24 mai 1886, D., 87, 1, 222.

de l'acte : ce n'est plus le vêtement de l'opération qui est vicié, c'est l'opération elle-même.

Ici nous n'aurons plus, au moins dans la plupart des cas, de textes formels qui nous permettent de déclarer le notaire responsable : il y aura lieu d'appliquer les principes concernant les obligations professionnelles que nous avons développées ci-dessus, et l'on verra se présenter pratiquement les discussions que nous examinions au seul point de vue théorique.

Pour mettre plus de clarté dans l'exposé de cette matière si délicate, il nous paraît bon d'étudier d'abord la réunion des éléments de fond qui constituent le contrat d'obligation hypothécaire, de voir si le notaire est, de par ses seules fonctions, tenu de veiller à la réunion de ces conditions. Nous verrons ensuite la responsabilité qu'il peut encourir au sujet des difficultés juridiques qui peuvent se soulever à propos du fond; nous aurons alors à dire s'il a un rôle professionnel de conseiller à remplir, et s'il a donné conseil, dans quelle mesure il peut être déclaré responsable.

Réunion des conditions de fond d'une obligation hypothécaire. — Un placement sur hypothèque (1) se compose d'une obligation ou contrat de prêt et d'une affectation hypothécaire, seule cette dernière nécessite la présence du notaire. Nous supposons

(1) Afin de ne pas entraîner de complications, nous ne parlons que du placement par voie d'obligation contenant affectation hypothécaire ; mais le placement peut encore avoir lieu par voie de transport ou de quittance subrogative ; v. *Rev. du not.*, XII, n° 2933.

ici, ce qui aura lieu d'habitude, les deux opérations réunies en une seule ; mais il n'en reste pas moins qu'il y a une sorte de double convention, dont chacune réclame la réunion de certaines conditions qui sont celles requises pour l'existence et la validité des conventions en général (1). Seule la constitution d'hypothèque exige une condition particulière : c'est la spécialité ; nous l'examinerons sous la rubrique des formalités mixtes.

Sans prétendre rechercher ici tous les éléments requis pour l'existence ou la validité d'un placement hypothécaire, nous allons nous expliquer sur ceux qui ont soulevé des discussions relativement à la responsabilité notariale.

Et tout d'abord, à propos des personnes qui concourent à l'acte (2), la question se pose de savoir si le notaire est tenu de s'assurer de la capacité des parties contractantes (3).

(1) Ces conditions sont, pour l'existence : le consentement, l'objet et la cause ; pour la validité : l'absence de vices du consentement et la capacité des parties.

(2) Nous ne nous arrêtons pas aux vices inhérents à la personne du notaire ou des témoins certificateurs ou instrumentaires ; car ils ne mettent en jeu que des principes de responsabilité générale et ne présentent rien de spécial à la matière des placements hypothécaires.

(3) Question d'autant plus intéressante que la capacité pour hypothéquer est plus étroitement délimitée que celle requise pour d'autres opérations. L'article 2124 dit que pour pouvoir hypothéquer, il faut avoir la capacité d'aliéner. Cependant cette règle souffre des exceptions. V. Baudry-Lacantinerie, II, p. 945 du *Précis de droit civil.*

L'article 11 de la loi du 25 Ventôse oblige le notaire à s'assurer de l'individualité des parties qui se présentent pour passer acte devant lui : « Le nom, l'état et la demeure des parties, devront être connus des notaires ou leur être attestés, etc. » Le mot « état » comprend-il la capacité ?

Un premier système généralement admis par la doctrine (1) et par la jurisprudence jusqu'à une certaine époque, soutient que le notaire n'aurait pas à s'enquérir de la capacité des parties, car c'est affaire à elles de savoir avec qui elles contractent, et il serait injuste de rendre l'officier public responsable des chances qu'elles ont voulu courir. D'ailleurs, dit-on, il résulte du rapprochement des articles 11 et 13 de la loi de Ventôse, qui semblent considérer les termes « état » et « qualités » comme synonymes, que lorsque la loi impose aux notaires de s'assurer de l'état des parties, elle n'entend parler que de « la profession, la position sociale, en un mot des désignations propres à établir leur individualité »; or, la capacité n'est pas nécessaire pour individualiser. D'ailleurs, ajoute-t-on, comment admettre que les témoins, surtout depuis que ces témoins peuvent être des femmes, aient pour mission d'affirmer une capacité juridique? Mais il va de soi que ce système ne

(1) Dalloz, *Vis notaire*, n° 1287 et *Respon.*, n° 406. — Foubené, n° 282. — Ed. Clerc, *Traité gén. du not.*, n° 290. — Clerc, Dalloz et Vergé, *Comment. de la loi de Ventôse*, n° 61 ; Manuel et formulaire, II, p. 13. — Belenfant, pp. 33 et s. — Bauby, pp. 179 et s. — Paris, 11 février 1826, S., 27, 2, 25. — Orléans, 24 juillet 1856, D., 57, 2, 17. — Dijon, 12 avril 1880, S., 82, 2, 213.

répousse pas la responsabilité du notaire au cas où la loi elle-même lui imposait de s'assurer de la capacité, notamment lorsqu'il s'agissait de certaines personnes morales, ou encore au cas où il pouvait s'apercevoir de l'incapacité parce qu'elle présentait un caractère des plus apparents : folie, imbécilité notoire, surdité, etc., ou lorsque la personne en question figurait sur le tableau des interdits affiché dans l'étude.

La jurisprudence n'admet pas cette manière de voir, elle met, au contraire, au nombre des obligations professionnelles le devoir pour le notaire de s'assurer de la capacité des parties ou tout au moins de se la faire attester par des témoins. Elle se base sur une interprétation différente du mot « état », elle l'entend dans le sens de position civile, d'état civil : il s'agit de la condition juridique de la situation qu'occupe une personne relativement à la famille ou à la société, ce sont les qualités dont l'ensemble permet de la distinguer des autres. L'état varie suivant qu'on est « du sexe masculin ou féminin, français ou étranger, célibataire, marié, veuf ou divorcé, enfant légitime ou naturel, majeur ou mineur (2) ». Si donc le notaire a mission de s'assurer de l'état des parties, il doit connaître ces diverses qualités qui individua-

(1) Cass., 11 août 1857, D., 58, 1, 135. — Bordeaux, 18 décembre 1866, D., 67, 2, 125. — Montpellier, 16 août 1869, *J. du not.*, 2402. — Douai, 7 mars 1882, D., 83, 2, 14. — Aix, 26 avril 1888, *Rec. d'Aix*, 1888, p. 101. — Trib. Orthez, 16 décembre 1891, S., 93, 2, 134. — En ce sens, Eloy, I, pp. 372 et s. — Vergé, p 345.

(2) Baudry-Lacantinerie, *Droit civil*, I, p. 57.

lisent la personne. D'ailleurs, l'aptitude à jouir d'un droit ou à l'exercer qui n'est autre chose que la capacité, est intimement liée à l'état, ce sont les événements qui constituent l'état : mariage, naissance, minorité, etc... qui entraînent les incapacités. Il nous paraît difficile de ne pas nous ranger à la théorie de la jurisprudence, car il est à peu près inadmissible que le législateur ait entendu le mot état au sens si restreint que veulent le dire les partisans du premier système. Peut-on vraiment dire qu'une personne soit individualisée lorsqu'on ignore si elle est mariée ou célibataire, majeure ou mineure, etc... et n'est-ce pas tout aussi utile de connaître sa condition juridique que de savoir sa profession ou sa demeure? Le notaire qui conçoit des doutes sur la capacité de l'une des parties n'a qu'à se faire attester sa capacité par des témoins, et nous ne voyons pas comment ceux-ci, fussent-ils même des femmes (1), ne pourraient pas témoigner sur ce point; le plus souvent, ce qu'on leur demandera, sera d'attester un fait connu : le mariage, la minorité, l'interdiction, etc. La minorité d'ailleurs est facile à connaître par l'acte de naissance et l'interdiction le sera aussi en s'adressant au greffier du tribunal du lieu de naissance qui tient un registre des interdictions, en supposant que l'affiche de l'étude ne mentionne pas cette interdiction (2).

(1) On ne saurait d'ailleurs invoquer cette idée pour interpréter le mot état, car la loi de l'an XI n'admettait pas les femmes comme témoins. La réforme ne date que de la loi du 7 décembre 1897.

(2) Le tableau des interdits ne mentionne que les interdictions

D'ailleurs, les auteurs même les plus sévères à l'égard des notaires, admettent(1) qu'on ne saurait, quant à l'individualité ou à la capacité des parties, exiger de ces officiers ministériels que ce qu'il leur est possible de se procurer facilement. Et l'on devrait même dire que le notaire serait exempt de responsabilité, si le prêteur lui-même avait certifié l'individualité et la capacité de l'emprunteur et avait dispensé l'officier public de toute recherche et de toute attestation à cet égard (2). C'est bien ici d'ailleurs que le juge aurait à user de sa liberté d'apppéciation dans le degré de faute, et il devrait s'inspirer de la réflexion si juste de M. Pagès : « Il ne faut pas, par une interprétation trop rigoureuse, tourner la disposition protectrice de la loi contre les citoyens nombreux que les besoins du commerce et de l'industrie, ou le plaisir de voyager, éloignent si souvent de leur domicile, en les mettant dans l'impossibilité de faire dans les lieux de leurs migrations les actes urgents nécessaires à la satisfaction de leurs intérêts et à la conservation de leurs droits. »

Le notaire rédacteur du placement est donc, dans une certaine mesure, tenu de s'assurer de ce qui touche intimement à la personne des clients ; mais pourrait-on exiger de lui qu'il s'assure aussi de l'identité de l'immeuble que l'on veut frapper d'hypothèque ? Est-il obligé de contrôler les déclarations de

prononcées par le tribunal de l'arrondissement dans lequel est située l'étude.

(1) V. notamment Eloy, I, p. 367.

(2) Angers, 19 janvier 1828, rapporté dans Eloy, I, p. 369.

l'emprunteur à ce sujet ? Seuls les partisans de la théorie du mandat légal oseraient soutenir une solution affirmative et mettre cette vérification au nombre des obligations professionnelles. Sans doute, une fausse désignation de l'immeuble va faire tomber la constitution hypothécaire mais en vertu de quel texte, au nom de quel principe en rendrait-on le notaire responsable? Le créancier, on le suppose, n'a recours à l'officier public qu'au dernier moment, n'est-ce pas à lui à contrôler les déclarations que fait l'emprunteur? Le notaire n'a pas ici le moyen de se faire attester l'identité de l'immeuble, et le silence du prêteur, qui doit connaître son emprunteur puisqu'ils se sont mis d'accord hors la présence du notaire, n'est-il pas la meilleure preuve pour ce dernier de l'exactitude des déclarations de l'emprunteur? Aussi, approuverons-nous un arrêt de la Cour de Toulouse du 24 mars 1879 (1) qui a repoussé la responsabilité d'un notaire qui, se basant sur la déclaration du débiteur, s'était trompé d'arrondissement dans la désignation de l'immeuble affecté à la garantie de la créance. Bien que voisine de la question de spécialité que nous examinerons plus loin, la question d'identité de l'immeuble ne se confond pas avec elle. Au cas de spécialité, on se demandera si l'officier public ne serait pas responsable de n'avoir pas exigé certaines déclarations individualisant l'immeuble ; ici au contraire, on examine si le notaire doit contrôler l'exactitude de ces indications. Aussi, ne devra-t-on pas

(1) *Rev. du not.*, n° 6049, D , 79, 2, 244.

s'étonner de nous voir admettre la responsabilité pour défaut de spécialité, au lieu que nous la repoussons pour défaut de contrôle des déclarations.

Quant à l'origine de propriété, c'est-à-dire aux titres qui établissent que le constituant de l'hypothèque est propriétaire de l'immeuble hypothéqué, le notaire est-il responsable de ne l'avoir pas vérifié?

Il convient de ne pas oublier que le placement a été convenu entre les parties, celles-ci n'ont demandé à l'officier public aucun conseil, elles ne s'adressent à lui que pour lui confier la rédaction de l'acte constatant le prêt hypothécaire. Dès lors, le notaire ne pourrait être contraint de vérifier l'origine de propriété, que si ce contrôle rentre dans ses obligations professionnelles. Or, où est le texte qui le lui impose? En vertu de quelle idée l'en déclarerait-on tenu? Sa bonne foi, en supposant qu'il ne connaisse pas de par ailleurs le défaut de propriété du constituant, ne lui fait pas un devoir de s'en assurer puisque l'usage est de ne pas les contrôler lorsqu'il y a ce que l'on appelle obligation entre parties et que l'usage est même, dans certaines régions, de ne pas insérer l'origine de propriété du constituant. Mais, l'examen des titres de propriété exigerait parfois de minutieuses recherches auxquelles l'officier public, sollicité de rédiger, séance tenante, une obligation hypothécaire, ne pourrait se soumettre. Lorsque le prêteur s'est cru assez de compétence pour traiter avec un emprunteur en dehors du notaire, lorsqu'il a dû vérifier par lui-même la situation, la valeur de l'immeuble, pourquoi viendrait-il invoquer la responsabilité du notaire à

raison de ce que l'emprunteur n'était pas propriétaire ou, du moins, pas propriétaire incommutable ? Mais ce fait, il pouvait le contrôler lui-même ou, en tout cas, le faire contrôler ?

Que si, même lorsque l'accord est intervenu entre prêteur et emprunteur seuls, le premier avait demandé au notaire, lors de la rédaction, de vérifier les titres apportés par le second, la question pourrait être toute autre et l'on aurait quelque raison de prétendre le rendre responsable. Mais alors ce serait en vertu d'un mandat, fort restreint sans doute, mais qui n'en ferait pas moins sortir l'officier public de son rôle purement professionnel.

Néammoins la jurisprudence a considéré trop souvent la vérification de l'origine de propriété comme rentrant dans les devoirs inhérents à la fonction notariale (1); elle n'en donne d'autre raison que le mandat légal de renseigner et d'éclairer les parties, or nous savons que ce prétendu mandat est encore à prouver. C'est par application de cette théorie qu'un notaire a été déclaré responsable pour n'avoir pas vérifié : si la donation d'où provenait l'immeuble avait été transcrite (2) ou si les immeubles que le mari hypothéquait n'étaient pas des propres de la femme

(1) Agen, 28 janvier 1891, D., 92, 2, 79. — Cass., 6 juin 1894, *J. N.*, 25617, D., 94, 1, 359. — Cass., 6 juin 1895, S., 95, 1, 395. — Cass. civ., 19 octobre 1897, *Rev. du not.*, n° 9964, D., 98, 1, 41. En sens contraire : Douai, 29 mai 1844, S., 45, 2, 150, D., 45, 4, 462.

(2) Paris, 27 août 1852, D , 54, 2, 75. — *Contra* : Douai, 29 mai 1844, D., 45, 4, 462. — Paris, 2 mai 1860, D., 61, 2, 65.

qui ne figurait pas au contrat (1). On l'a encore condamné lorsqu'il ne s'était pas aperçu que l'emprunteur consentait hypothèque sur un immeuble précédemment aliéné et sur un usufruit déclaré incessible et insaisissable par le testament qui l'avait constitué (2), ou sur des immeubles dont l'un précédemment aliéné par le débiteur n'avait été donné à ce dernier que sous une clause prohibitive d'hypothèque (3) ou encore sur des biens qui n'appartenaient que pour partie à l'emprunteur (4). Il est vrai que la plupart de ces arrêts supposaient que le notaire aurait pu facilement se renseigner, et Dalloz (5) veut bien dire qu'on ne pourrait exiger du notaire que des recherches dans son étude. Pour nous, la question n'est pas là ; il s'agit de savoir si oui ou non il existe un texte imposant au notaire de vérifier l'origine de propriété lorsque les parties ne lui demandent aucun conseil et n'élèvent aucun doute à ce sujet; or ce texte n'existe pas. D'autre part, il serait difficile, étant donné les usages que nous venons de signaler, d'invoquer la mauvaise foi du notaire. Néammoins, si l'on établissait qu'il a connu les vices ou tout au moins conçu des doutes sérieux sur la propriété du constituant, sa bonne foi n'ayant pas été entière, il n'y au-

(1) Paris, 31 mai 1856, S., 58, 1, 133. — Cass., 27 mai 1857, S., 58, 1, 133, D., 57, 1, 290.

(2) Orléans, 8 janvier 1870, S., 70, 2, 239, D., 71, 2, 88, *Rev. du not.*, n° 2898, XII, p. 43.

(3) Douai, 2 juin 1892, *le Crédit immobilier* du 1er octobre 1892.

(4) Alger, 6 juillet 1866, S., 66, 2, 299.

(5) Dalloz, *Supplém.*, v. *Responsab.*, p. 165.

rait pas besoin d'un texte pour le déclarer responsable.

Certains partisans du système que nous combattons (1) se sont appuyés sur cette idée que les questions d'origine de propriété soulevaient parfois des difficultés de droit pur que le notaire, avec sa pratique des affaires et son éducation juridique, pouvait seul résoudre. C'est là, croyons-nous, déplacer la question si l'on n'établit pas à la charge du notaire l'obligation professionnelle de faire des recherches sur l'origine de propriété ; qu'importent les difficultés qui peuvent s'élever sur ce point ? La loi impose-t-elle la rédaction par un notaire de toutes les opérations qui présentent des difficultés juridiques ? Et si l'hypothèque ne peut être consentie que par acte notarié, tout le monde sait fort bien que c'est dans un autre but : montrer à l'emprunteur les dangers de l'hypothèque ou assurer l'observation de la loi relativement à la spécialité. Mais le but n'est pas de garantir une origine de propriété impeccable et la meilleure preuve en est que la vente qui suppose aussi une telle origine de propriété peut être faite par acte sous seing privé.

Nous n'admettons pas davantage que l'on rende l'officier public responsable de la nullité provenant de ce fait, que l'hypothèque a porté sur un immeuble dotal alors que ni la loi, ni les clauses du contrat de mariage ne permettaient de l'hypothéquer. Tant qu'on ne montrera pas un texte obligeant le notaire, simple rédacteur du placement, à se renseigner sur

(1) V. notamment Belenfant, p. 37.

la situation des immeubles, on ne devra pas imputer à l'officier public la nullité qui provient de la dotalité, à moins que celui-ci n'ait connu cette particularité, car il serait alors de mauvaise foi en gardant le silence à ce sujet (1).

Notaire conseil quant a la validité de l'acte. — Jusqu'ici nous n'avons parlé des conditions de fond qu'au point de vue de leur existence en fait. Nous avons dit la responsabilité qui devait résulter de la nullité tenant à leur absence ; mais il faut bien voir que les vices touchant au fond pourront aussi se produire sur un point de droit et provenir de l'oubli, de l'ignorance ou même d'une interprétation erronée d'une disposition légale. Ce sera par exemple en insérant des clauses dont l'illégalité est susceptible d'entraîner la nullité de l'hypothèque ou en rédigeant un placement qui n'est juridiquement pas à l'abri de toute contestation.

Ce n'est autre chose que l'étude du notaire-conseil quant à la validité de l'acte. Est il obligé d'avertir les parties du vice qui peut exister dans la convention passée entre elles? Il est certain que cette question est intimément liée à la précédente : si l'on ne met pas à la charge du notaire l'obligation de vérifier les titres de propriété et la situation de l'immeuble, com-

(1) Aussi ne saurions-nous pas approuver un arrêt de Paris du 16 août 1832 (D. Rep. v. *Mandat* nº 15), qui exonère de toute responsabilité un notaire qui, connaissant la dotalité de l'immeuble hypothéqué, ne l'avait pas indiqué à l'emprunteur.

ment pourrait-on lui reprocher de n'avoir pas averti les clients du vice qui se trouve dans ces titres. Cependant nous avons reconnu que l'officier public qui en fait, en avait connaissance, devait les indiquer aux parties, nous admettons donc dans cette mesure qu'il doit être le conseiller des clients; de même encore, reconnaîtrions-nous sa responsabilité si, devant connaître l'incapacité d'une partie notamment sa minorité ou son interdiction, il ne faisait pas savoir aux contractants que pour passer un contrat d'obligation valable, l'incapable doit se faire habiliter.

Sur tous ces points, il ne saurait y avoir d'autre discussion que celle déjà exposée à propos de la réunion des conditions de fond. Nous ne devons donc pas nous étonner de voir la jurisprudence actuelle faire, sans aucune distinction, du notaire, un conseiller légal pour tout ce qui touche la validité de l'acte. Pour tous les vices qui affectent les conditions de fond, elle rendra le notaire responsable, et ce, qu'ils soient nés d'une erreur de fait ou de droit (1) : c'est assez

(1) Nancy, 23 avril 1864, D., 65, 2, 219. — Bordeaux, 6 février 1865, S., 65, 2, 189. — Alger, 6 juillet 1866, S., 66, 2, 299. — Aix, 28 avril 1870, S., 71, 2, 133, D., 72, 2, 79. — Cass., Req., 2 avril 1872, D., 72, 1, 362. — Bourges, 22 août 1877, S., 77, 2, 314. — Rouen, 29 juin 1878, *Rev. du not.*, n° 5785. — Trib. Nantes, 4 février 1880, *Rev. du not.*, 6078. — Paris, 11 décembre 1884, *Rev. du not.*, 7068. — Douai, 12 mars 1886, *Rev. du not.*, 7443. — Paris, 11 mai 1886, S., 88, 2, 110. — Poitiers, 31 mai 1886, D., 87, 2, 182. — Agen, 23 décembre 1889, D., 90, 2, 202. — Cass., 6 août 1890, D., 91, 1, 195. — Cass., Req., 18 janvier 1892, D., 92, 1, 454. — Orthez, 19 décembre 1891, S., 93, 2, 134.

logique quand on part, comme le fait la jurisprudence, de l'obligation professionnelle d'éclairer les parties. Nous n'avons pas à revenir sur ce point de départ qui transforme arbitrairement un devoir moral en obligation positive; mais nous ferons remarquer qu'ici, comme ailleurs, en appliquant sa théorie, la jurisprudence s'est mise en contradiction avec tous les anciens auteurs (1), avec la doctrine contemporaine (2) et avec les arrêts antérieurs à 1850 ou 1860 (3).

Reste la question d'illégalité des clauses. Peut-on rendre le notaire responsable? A moins d'admettre que l'officier public a reconnu ce que cette clause avait de contraire au droit, ce qui supposerait de sa part de la mauvaise foi, il faudra bien y voir une erreur de droit. Quel recours cette erreur donnera-t elle aux parties qui en souffriraient?

Le système ancien de la jurisprudence adopté par

(1) Ferrière, *Parfait notaire*, livre I, chap. 17. — Brillon, Louet et Henrys, cités par Eloy, II, p. 39.

(2) Pagès, p. 120. — Massé, liv. I, chap. 17. — *Diction. du not.*, v. *Respon.*, n° 280. — Troplong, du *Mandat*, p. 34 — P. Pont, *Rev. du not.*, n° 254. — Demolombe, VIII, n° 536. — Belenfant, p. 60. — Amiaud, *Traité formulaire*, v. *Notaire*, n° 161, II, Bauby, etc.

(3) Paris, 16 août 1832, S., 32, 2, 567, D., 32, 2, 208. — Paris, 26 janvier 1833, S., 33, 2, 157. — Paris, 27 novembre 1834. S., 35, 2, 141. — Cass., 22 décembre 1840. — Lyon, 23 août 1841. — Rouen, 21 janvier 1841. Ces trois arrêts cités par Eloy, II, p. 40. — Lyon, 31 mai 1844, S., 45, 2, 150, D., 45, 4, 461. — Caen, 2 février 1857, D., 57, 2, 151. — Cass., Req., 10 mai 1870, D., 71, 1, 59, S., 71, 1, 180.

certains auteurs (1) avait le tort de refuser d'une façon trop absolue tout recours contre le notaire : de ce que la convention est l'œuvre des parties, il en concluait qu'aussitôt qu'il s'agissait du fond l'officier public devait être à l'abri de toute poursuite. Et l'on ajoutait que c'était aux parties à s'imputer d'avoir choisi un notaire ignorant ou inattentif, qui avait mal interprété leurs volontés ou qui n'avait pas su les guider dans l'observation de la loi. C'était pousser trop loin l'irresponsabilité, c'était oublier que si le notaire n'est pas obligé de par ses fonctions d'éclairer les parties, il n'a pas le droit de rester un rédacteur aussi passif. N'est-il pas tenu à raison même de sa fonction de connaître les questions de droit les plus usuelles de son ministère; n'y a-t-il pas un principe qui présume que tout individu connaît la loi, et si ce principe s'applique à tout le monde, pourquoi le notaire n'y serait-il pas soumis? Or s'il doit connaître la loi, il doit voir les clauses manifestement illégales, et, bien mieux il a le devoir de refuser son ministère pour l'insertion de pareilles clauses; ne doit-on pas dès lors s'il les insère le rendre responsable? Mais aussitôt se présente une objection : les difficultés juridiques sont innombrables, souvent il sera fort délicat de dire si telle clause est ou non contraire au droit, devra-t-on prononcer la responsabilité sans aucune distinction? Demolombe déclare que l'officier public devrait ré-

(1) Massé, liv. I, chap. XVII. — Jug. du Trib. de Moulins, 11 mai 1826, rapporté dans Eloy. II, p. 42. – V. aussi Pagès.

pondre d'uue erreur portant sur une opération courante. On admet généralement un *criterium* plus précis : si l'erreur a porté sur un point de droit non controversé ni controversable, si la disposition qui entraîne la nullité est nettemement contraire à un texte de loi clair et positif, le notaire serait responsable. Il serait au contraire à l'abri de toute réclamation, s'il s'agissait d'une erreur sur une question délicate qui a fait l'objet d'une controverse ou qui paraît susceptible d'être interprétée de différentes façons.

La jurisprudence admet en général ce *criterium* (1). Il nous paraît intéressant de citer quelques-uns des cas dans lesquelles elle a été appelée à l'appliquer.

Les tribunaux ont condamné le notaire qui, rédacteur d'un placement hypothécaire, avait accepté la constitution d'hypothèque par un mandataire muni seulement d'une procuration sous seing-privé (2). Sans doute, aucun texte n'exige l'authenticité de la procuration mais on peut considérer avec raison la question comme définitivement tranchée (3).

On a pu aussi déclarer responsable celui qui par

(1) Pau, 14 mai 1868 et Cass., 17 août 1869, *Rev. du not.*, nº 2717. — Alger, 17 mai 1870 et Cass , 26 mars 1872, S,, 74, 1, 313. — Montpellier, 29 août 1881 et Cass., 12 février 1883, *Rev. du not.*, nº 6845. — Angers, 24 juillet 1884, *Rev. du not.*, 7048.— Cass. civ., 2 décembre 1885, *Rev. du not.*, nº 7261. — Paris, 11 mai 1886, *Rev. du not.*, nº 7374. — Cass., Req., 24 mai 1886, *Rev. du not.*, nº 7368. — Amiens, 18 décembre 1889, *Rev. du not.*, nº 8226.

(2) Req., 24 mai 1886, D., 86, 1, 222.

(3) Amiens, 9 avril 1856, D., 57, 2, 20.

oubli ou ignorance avait rédigé un acte d'emprunt avec constitution d'hypothèque, portant sur des biens qu'il savait dotaux ; il y avait eu, en effet, violation d'un texte formel, l'article 1554 du Code civil.

On devait aussi prononcer la responsabilité contre le notaire qui conseillait et rédigeait une constitution d'hypothèque générale sans désignation d'immeubles ou qui sachant que l'emprunteur n'avait pas de biens présents, aurait accepté qu'il constituât l'hypothèque sur ses biens à venir, mais le notaire ne serait responsable que s'il connaissait l'absence des biens présents ; n'étant que rédacteur, il n'est pas tenu en effet de rechercher si le débiteur avait des biens présents (1).

On a dû au contraire dégager la responsabilité de l'officier public qui avait rédigé un acte constitutif d'hypothèque portant que l'hypothèque affectait tous les biens du débiteur dans telle commune sans désigner la nature de ces biens (2). Mais cela suppose l'acte passé à une époque où la question était controversée de savoir si une telle désignation suffisait.

La Cour de Cassation, le 13 juillet 1891 (3), a cassé un arrêt de la Cour de Paris du 30 mai 1888, qui avait condamné un notaire à raison de la nullité d'une clause qu'elle considérait comme contraire aux articles 2078 et 2088 du Code civil. Cette clause était

(1) Nancy, 22 août 1867, D., 68, 2, 117.

(2) 7 février 1866, *Rev. du not.*, n° 1551. — Req., 13 avril 1869, D., 71, 1, 147.

(3) D., 93, 1, 227.

la suivante : l'emprunteur confère au prêteur une hypothèque sur tel immeuble et lui vend une quote-part de cet immeuble sous condition de rémérè à exercer avant l'échéance de la dette et avec remboursement de cette dette. La Cour de Cassation a déclaré la clause valable, disant que les prohibitions des articles 2078 et 2088, concernant le gage et l'antichrèse, ne pouvaient s'étendre à l'hypothèque. Voilà donc une question de droit sur laquelle la jurisprudence est divisée, le notaire ne devra dès lors encourir aucune responsabilité quelle que soit la solution qu'il adopte.

Les questions controversées sont nombreuses, celles susceptibles d'être vues sous un point de vue différent du vrai, même sans qu'elles soient controversables, sont légion ; malheureusement, la jurisprudence a montré dans quelques cas une sévérité exagérée (1). Bien plus, elle a quelquefois oublié de faire l'application de son criterium pourtant très juste ; nous n'en voulons citer qu'un exemple qui nous est donné par M. Labbé (2) dont nous reproduirons les termes mêmes : « Cette décision (3) nous paraît d'une sévérité outrée. Comment ! voilà un notaire, qui, en présence d'une difficulté, consulte les auteurs : il suit l'avis des jurisconsultes les plus autorisés, Aubry et Rau, Demolombe, Colmet de San-

(1) Cass., Req., 17 août 1869, S., 69, 1, 396. — Cass., 2 décembre 1885, *Rev. du not.*, n° 7261.

(2) Labbé, note dans Sirey, 1882, 2, 233.

(3) Agen, 9 novembre 1881, S., 82, 2, 233.

terre, Laurent; il consulte la jurisprudence; il trouve un arrêt qui permet à la femme de faire, sans autorisation, un placement à fonds perdu ce qui peut compromettre gravement l'intérêt du mari et de la famille dont le mari est le chef (Paris, 17 mai 1834; S. 34, 2, 280); il en conclut que la femme séparée peut *a fortiori* sans autorisation, faire un placement pour achat d'un immeuble rural. Qu'on ne dise pas que dans l'affaire jugée en 1834, par la Cour de Paris, les circonstances étaient favorables, que la femme n'avait pas d'enfants. Si tout dépend des circonstances, les magistrats d'Agen n'auraient pas dû juger en principe; ils auraient dû montrer que l'acquisition de l'immeuble était préjudiciable, conclue dans de mauvaises conditions. Non, c'est d'une façon générale que l'autorisation maritale est déclarée nécessaire. Et le notaire égaré par les précédents judiciaires va porter seul la peine des meilleurs interprètes de la loi ! Cela est inacceptable et, dans ces conditions, l'exercice de la profession d'officier ministériel est impraticable. » Fort heureusement la jurisprudence n'a que très rarement rendu le notaire responsable d'une erreur, par lui commise, sur un point de droit controversé.

On peut encore se demander si le notaire est à couvert lorsqu'il s'en est rapporté pour certaines difficultés à la légalité d'un jugement. Tandis qu'un arrêt du 25 janvier 1887 (1) avait condamné un notaire qui avait accepté la constitution d'une hypothèque sur

(1) D., 87, 1, 473.

un immeuble dotal, s'en remettant à la décision d'un tribunal qui l'avait autorisée, bien qu'on ne se trouvât pas dans l'un des cas prévus par l'article 1558 du Code civil ; nous trouvons au contraire un arrêt plus récent (1) qui dégage de toute responsabilité le notaire qui s'est basé sur un jugement autorisant l'hypothèque en dehors des cas prévus par la loi. Il nous paraît, malgré ce qu'en dit M. Dalloz, que cette dernière solution peut bien être érigée en principe. Ne serait-ce pas faire supporter au notaire la faute des juges, ne serait-ce pas méconnaître les nécessités de la pratique, d'exiger du notaire, simple rédacteur, qu'il contrôle la légalité des jugements et qu'il réforme ce que les juges qui n'ont d'autre mission que de trancher les difficultés, ont cru pouvoir décider après mûre réflexion ?

Nullité pour défaut de spécialité.

A côté des conditions de forme et des conditions de fond dont nous venons de parler, il y a lieu de s'occuper d'une condition nécessaire à la validité de l'hypothèque conventionnelle : la spécialité.

C'est là une formalité mixte, car elle touche à la fois au fond et à la forme.

Cette obligation de désigner spécialement chacun des immeubles affectés, tient à la structure extérieure de l'acte et son absence se révèle à première vue ; mais elle atteint l'opération elle-même dans sa substance puisqu'en l'édictant le législateur a eu pour

(1) Req., 16 juillet 1890, D., 91, 1, 335.

but d'obliger le constituant de l'hypothèque à se mettre en garde contre lui-même et à se bien pénétrer de l'importance de la garantie qu'il consent (1).

La nature mixte de la spécialité conduit à se demander quelle va être la responsabilité du notaire lorsqu'on ne l'aura pas observée : devra-t-il en répondre comme d'un vice de forme? Faudra-t-il renouveler les discussions relatives aux vices de fond? Nous répondons sans hésitation qu'il faut déclarer le notaire coupable de l'inobservation de la spécialité, car il suffit que par un côté, la spécialité touche aux conditions de forme, pour qu'elle rentre dans les obligations professionnelles. On arriverait aussi à prononcer la responsabilité par le côté des vices de fond, car le notaire n'a pas le droit d'ignorer une disposition légale aussi formelle que celle de l'article 2.129 du code civil.

Nous voyons du reste la jurisprudence (2) et la doctrine (3), admettre, sans discussion, au moins depuis un certain nombre d'années (4), le principe

(1) C'est cette raison qui explique que la mention de spécialité soit insuffisante, lorsqu'elle ne se rencontre que dans l'inscription hypothécaire.

(2) Trib. Avranches, 29 juin 1867, *J. N.*, 18959.

(3) Rutgeerts et Amiaud, *Commentaire* n° 1345, III, p. 1742. — Vergé, n° 57 *bis*, p. 339. — Eloy, n° 582, II. — Fonbené, n° 337. — Micha, pp. 135-142. — Dalloz, *Rép.*, v. *Responsab.*, n° 387. — P. Pont, *Rev. du not*, n° 254, II, p. 405. — Bauby, p. 216.

(4) Massé, Pagès et Rolland de Villargues exonéraient le notaire de toute responsabilité. On cite aussi en ce sens : Orléans, 26 janvier 1839, S., 49, 1, 39. — Cass., req., 22 décembre 1840, D., 41, 1, 42. — Cass., req, 6 décembre 1843, S, 44, 1, 135, mais dans

de cette responsabilité. Mais l'accord n'est plus aussi parfait lorsqu'on en vient à examiner dans quels cas on peut dire que la règle de spécialité n'a pas été observée.

De nombreux arrêts (1) ont décidé que le vœu de la loi relativement à la spécialité était suffisamment rempli par une désignation vague, telle que la suivante : « le débiteur hypothèque tous les immeubles lui appartenant à quelque titre que ce soit, situés dans les communes de... et consistant en maisons d'habitation, bâtiments, servitudes et dépendances, jardins, terres labourables, prés et autres natures de propriété, sans aucune exception ni réserve. » Mais l'hypothèque serait nulle et la responsabilité du notaire en jeu, si l'on s'était contenté de dire : « tous les immeubles dans telle commune », sans dire en quoi consistent ces immeubles.

Le système de la jurisprudence moins exigeant que celui de certains auteurs, est plus souple et répond mieux aux besoins de la pratique, vu le morcellement extrême de la propriété rurale. Les tribunaux ont compris qu'ils ne pouvaient exiger du notaire, simple rédacteur d'un placement, qu'il prenne lui-même les indications que les parties ne lui fournissent pas d'une façon complète, mais qui ne sont pas indispensables, pour que celles-ci et les tiers se rendent compte de l'étendue de la garantie.

ces espèces, les parties avaient eu le tort de ne pas fournir des désignations suffisantes au notaire.

(1) Nous citerons seulement : Cass., 12 mars 1867, D., 67, 1, 347. — Cass., 12 novembre 1890, D., 91, 5, 306, S., 91, 1, 199. — Cass., 27 novembre 1893, D., 94, 1, 566.

CHAPITRE II

Responsabilité pour faits étrangers à la validité de l'acte.

Nous venons de voir la responsabilité au cas où le préjudice subi par le client résultait de la nullité de l'affectation hypothécaire ; il convient maintenant d'examiner si, lorsque le placement répond aux exigences relatives aux conditions de forme, de fond et de spécialité, le notaire pourrait se voir déclaré responsable des conséquences fâcheuses de l'opération.

Remarquons tout d'abord, qu'au seul point de vue responsabilité, les suites malheureuses d'un placement peuvent tenir à deux sortes de causes : à l'absence de conseil ou à un mauvais conseil d'une part, au défaut de vérification de certains états de fait d'autre part. Or, la responsabilité n'étant encourue que s'il y a eu faute et la faute, nous l'avons dit, ne pouvant résulter, hors le cas de mauvaise foi, que de la violation d'une obligation professionnelle, le débat se ramène au point de savoir : si le conseil relatif à l'utilité du placement rentre dans les obligations professionnelles, si la vérification de ces faits peut être mise au nombre des devoirs que la loi impose au notaire en cette seule qualité.

Or, si nous consultons la loi de Ventôse, nous ne

voyons pas qu'elle lui impose l'obligation de conseiller les clients sur les conséquences de l'acte passé devant lui. Comment, d'ailleurs, mettre à sa charge une telle mission vis-à-vis des personnes qui ne lui demandent que d'authentiquer leurs volontés? Sera-ce sous prétexte que l'officier ministériel ne doit pas rester le rédacteur passif des conventions des parties? Ce serait oublier que celles-ci semblent avoir voulu se réserver de juger seules de la valeur du placement, de son utilité ; qu'elles ont entendu précisément éviter l'immixtion du notaire dans leurs affaires ; et l'on veut faire de lui un conseiller obligatoire qui, étant responsable en cas de non solidité de l'opération, n'aurait qu'une idée, s'assurer de sa valeur ? On a si bien compris ce qu'il y a de délicat à obliger le simple rédacteur à s'occuper des conséquences de l'acte que l'on a essayé, nous le verrons, de limiter la responsabilité à quelques-unes d'entre elles. Mais rien n'autorise cette restriction. On n'a le droit de dire qu'une chose, c'est que si l'officier public entrevoit les conséquences funestes d'un placement, sa conscience lui fait un devoir d'en prévenir les parties.

La jurisprudence a cru cependant pouvoir condamner le notaire de bonne foi, à raison seulement de la suite fâcheuse qu'avait eue un placement, elle l'a fait en s'appuyant, ici, encore, sur l'idée de mandat légal sans voir ce que cette extension d'un système, d'ailleurs arbitraire, avait d'inadmissible dans le domaine des faits, et elle a créé ce qu'on peut appeler l'obligation « d'éclairer les parties sur la portée et les conséquences de leurs actes ».

Et ce devoir soi-disant professionnel n'a rien de précis ; les Tribunaux le déclarent (1) plus ou moins étroit, plus ou moins rigoureux, suivant que les clients sont lettrés ou illettrés, au courant des affaires ou inexpérimentés, comme si une obligation professionnelle pouvait varier avec les facultés intellectuelles de chaque client, comme si le fonctionnaire public agissant comme tel ne devait pas avoir le même souci de remplir, à l'égard de tous, les devoirs de son état. Tout ce que l'on serait peut-être en droit de soutenir c'est que l'inaptitude du client doit entraîner une interprétation plus étroite de la bonne foi notariale ; mais si la responsabilité en découle ce ne sera jamais, au nom d'une obligation professionnelle nouvelle, basée sur la faiblesse d'esprit du client.

Le conseil relatif au placement, à son utilité économique, à sa valeur, n'étant pas à nos yeux obligatoire, nous n'avons pas à parler ici de la responsabilité qu'il entraînerait au cas où en fait, il aurait été donné ; c'est une question qui rentre dans la respon-

(1) Cass., Req , 3 août 1858, D., 58, 1, 374. — Toulouse, 8 février 1861, D., 61, 2, 110. — Lyon, 23 août 1866, D., 71, 1, 246.— Cass., Req , 4 mai 1860, D., 71, 1, 246. — Cass , Req., 8 décembre 1874, D , 75, 1, 312. — Trib. Versailles, 28 décembre 1877, *Rev. du not.*, n° 5571. — Bourges, 22 août 1877, *Rev. du not.*, 5586. — Cass., Req., 2 juillet 1878, D., 79, 1, 60. — Trib. Orléans, 30 décembre 1885 et Orléans 14 mai 1886, *Rev. du not.*, n° 7579. — Besançon, 23 novembre 1887, *Rev. du not.*, 7935. — Pau, 29 juin 1892, S., 93, 2, 123. — Riom, 23 juin 1892, *J. du not.*, 1893, p. 411. — V. aussi Dijon, 8 décembre 1897, D., 99, 2, 115. — Bourges, 20 mars 1899, D., 99, 2, 493.

sabilité extra-professionnelle et c'est là seulement que nous la traiterons.

Lorsqu'il s'agit non plus d'un conseil, mais de certaines situations de fait dont le défaut de vérification a favorisé la conclusion d'un placement désastreux, peut-on invoquer une responsabilité quelconque à la charge du notaire qui n'a été que le rédacteur de l'opération ?

L'officier public est-il, de par ses seules fonctions, tenu de vérifier notamment la solvabilité et la moralité de l'emprunteur ? Même lorsque l'immeuble hypothéqué est suffisant pour garantir le placement, on a intérêt à s'assurer que le débiteur présente une garantie personnelle ; on sera ainsi plus certain du service exact des intérêts et l'on n'aura souvent pas à poursuivre l'expropriation, pour obtenir le remboursement du capital. Mais ce supplément de sécurité, c'est au prêteur à l'apprécier et non au notaire, c'est lui qui connaît l'emprunteur, lui qui l'amène à l'étude ; aussi n'a-t-on jamais songé à condamner l'officier public pour ne s'en être pas assuré (1).

On admet aussi d'une manière générale que le notaire simple rédacteur ne répondrait pas de la non solidité du placement, lorsque la valeur du gage est insuffisante (2). On estime avec raison qu'il ne sau-

(1) Tribunal d'Auxerre, 2 mars 1892, confirmé par Paris, 7 décembre 1897, *J. N.*, 25211.

(2) Paris, 2 mai 1860, D., 61, 2, 65. — Cass , 6 juillet 1870, D , 71, 1, 145. — Douai, 29 janvier et 26 juin 1889, *Rev. du not* , 8222 et 8225. — Riom, 30 décembre 1890, D., 92, 2, 227. — Cass., Req., 20 octobre 1891, D., 93, 1, 170. — Rennes, 21 février 1893

rait être plus apte que les parties à apprécier l'état de fait d'un immeuble et qu'il ne serait pas en faute de s'en rapporter à leurs déclarations, son rôle de rédacteur ne l'obligeant pas à faire des démarches pour en connaître le bien fondé. Il est néanmoins incontestable qus si le notaire, voyant le gage absolument insuffisant, n'en disait rien au prêteur, il n'agirait pas avec une entière bonne foi et sa responsabilité serait de ce chef encourue (1). Cette application du droit commun mise à part, il y a lieu de dégager le notaire de toute responsabilité à raison de la solidité du placement.

Mais lorsqu'il s'agit des charges qui peuvent frapper un immeuble, l'accord n'est plus aussi complet. Sans doute, indirectement elles rentrent dans l'appréciation de la valeur, puisqu'elles la diminuent d'autant; mais cette diminution on peut la connaître sans être expert; le plus souvent il suffira pour cela de se renseigner au bureau des hypothèques. On ne saurait à moins d'admettre l'obligation d'éclairer les parties, imposer au notaire de vérifier l'état hypothécaire, nous savons en effet que dans les obligations entre

et Pau, 21 avril 1893, D., 94, 2, 442. — Cass., Req., 13 juin 1893, D., 93, 1, 447. — Nancy, 27 novembre 1897, *Rev. du not.*, 9574. — Nimes, 23 juin 1897, D , 97, 2, 504. — Toulouse, 22 mai 1900, *Rép. gén. du not.*, 1900, nº 11536 ; *Gaz. Pal.*, 1900, p. 231. — En sens contraire : Cass., 18 novembre 1895, D., 95, 1, 16. — Trib. Seine, 13 février 1888. Circulaire du Comité des notaires des départements, IX, p. 119.

(1) Cass., Req., 19 décembre 1847, S., 48, 1, 201. — Cass., Req., 6 avril 1891, S., 92, 1, 253.

parties, l'officier public n'a pas à s'occuper des immeubles, c'est là affaire au prêteur ; il n'en aurait souvent pas le loisir devant rédiger séance tenante l'obligation (1). Nous reconnaissons cependant sans peine que s'il avait connaissance de ces charges et qu'il voie le prêteur les ignorer, sa bonne foi lui ferait un devoir de l'en prévenir. Cela ne fait pas de doute pour celles qui sont livrées à la publicité (2) ; mais pour celles dont le notaire ne doit la connaissance qu'à son rôle d'officier ministériel, peut-il se croyant lié par le secret professionnel ne pas indiquer au prêteur le danger qu'elles lui font courir ? Ce sera notamment une obligation hypothécaire déjà rédigée, non encore publiée mais qui le sera avant celle dont il s'agit présentement. Nous croyons qu'ici encore le notaire serait tenu d'en informer le prêteur, et cela non pas parce qu'il serait professionnellement « obligé de l'éclairer », mais à raison de la bonne foi qui doit régler tous ses actes et jusqu'à son silence : ne serait-ce pas d'ailleurs se faire le complice d'un emprunteur de mauvaise foi ? Ici cependant on ne saurait, croyons-nous, donner des règles précises et l'on devra s'en rapporter le plus souvent aux circonstances de fait et à l'opinion que le notaire a dû en avoir, autant du moins qu'il est possible de démêler une opinion, chose toujours très délicate.

(1) Nous n'entendons pas dire que le notaire y soit obligé ; nous constatons qu'en fait le plus souvent il en sera ainsi.

(2) Et nous y comprenons aussi les hypothèques dispensées de publicité que tout le monde a le droit de connaître.

La jurisprudence, autrefois favorable à notre théorie (1), nous paraît manifester une tendance fâcheuse à imposer au notaire de renseigner toujours le prêteur sur les charges qui grèvent l'immeuble hypothéqué (2).

Si le notaire a donné un renseignement que professionnellement, il n'était pas tenu de donner, soit sur la solvabilité de l'emprunteur, soit sur la valeur du gage, soit sur les charges qui grèvent l'immeuble, et si ce renseignement se trouve, en fait, erroné, ils n'encourt qu'une responsabilité limitée à la fraude ou à la mauvaise foi. Peut-on, en effet, exiger que parce qu'il est revêtu des fonctions notariales, il ne se trompe jamais, alors qu'on voit chaque jour des personnes sensées porter des appréciations si différentes les unes des autres et discuter des faits qui cependant ne peuvent qu'être ou n'être pas?

Nous venons de parcourir les divers éléments qui peuvent constituer « l'utilité » d'un placement hypothécaire; mais il convient de dire quelques mots de certaines clauses d'un usage courant, dont l'absence, sans avoir une influence directe sur la validité de l'opération, peut entraîner d'importantes conséquences au point de vue de son utilité.

(1) Paris, 22 mai 1832, D., 32, 2, 130. — Paris, 26 janvier 1833, S., 33, 2, 157. — Trib. Seine, 26 janvier 1878, *J. N.*, 22906.

(2) Paris, 27 août 1852, D., 54, 2, 75. — Cass., Req., 3 août 1858, D., 58, 1, 374. — Trib. Nantes, 4 février 1880, *Rev. du not.*, 6078, XXI, p. 689. — Douai, 11 janvier 1892, *J. du not.*, 1892, p. 296, *Gaz. Pal.*, 92, 1, 482.

Il est d'usage d'insérer, même dans les obligations dites entre parties, une clause relative à l'hypothèque légale de la femme de l'emprunteur sur les biens de ce dernier. Cette mention sera destinée à subroger le prêteur à cette hypothèque légale, ou à lui assurer seulement la priorité ; parfois aussi elle ne fera que constater que le prêteur se trouve suffisamment garanti par l'hypothèque qui lui est conférée, et qu'il déclare « dispenser l'emprunteur de produire le concours aux présentes de son épouse, soit pour consentir à une post-position de ses droits, soit pour le subroger à son hypothèque légale ».

Aucun texte n'impose au notaire l'insertion d'une pareille clause ; en fait on l'insère toujours, et nous croyons que le notaire qui l'oublierait pourrait être déclaré responsable. On ne peut pas, croyons-nous, baser sa responsabilité sur ce fait que cette clause se trouvant rapportée dans tous les formulaires, participe indirectement à la forme, ce n'est pas à titre d'obligation professionnelle que le notaire doit l'insérer, c'est à raison du principe de bonne foi, tel que nous l'avons exposé : l'officier public manquerait à la bonne foi s'il négligeait d'avertir le client qu'il ne fera pas pour lui ce qu'il est d'usage de faire, ce qu'un autre notaire eût fait à sa place. Or, l'hypothèque légale présentant un tel danger pour le prêteur qu'elle refoule parfois bien loin en arrière, on est autorisé à croire que ce dernier aurait exigé une subrogation s'il avait été prévenu de ce danger. La clause qui montrera que le prêteur se contente de son hypothèque conventionnelle servira à établir que

le notaire avait prévenu son client. Elle aurait donc grande utilité, et l'on ne pourrait excuser son omission que dans le cas où l'hypothèque légale résulterait d'un régime dotal ; on admet, en effet, que la femme mariée sous ce régime, ne peut ni donner main-levée de son hypothèque légale, ni y subroger un tiers.

Quant à la clause contenant engagement de la part de l'emprunteur de tenir les immeubles affectés à la garantie du prêt, constamment assurés (1), jusqu'au remboursement du capital et des intérêts, nous ne croyons pas que son omission appelle la même solution que pour la clause précédente. En effet, si les parties, celles qui sont illettrées surtout, peuvent ignorer l'importance d'une stipulation relative à l'hypothèque légale, tous les prêteurs savent fort bien que leur gage est soumis à des risques de pertes ou à des moins-values par suite d'un sinistre. Ils peuvent tous avoir l'idée de demander à l'emprunteur qu'il s'engage à tenir les immeubles assurés tant que durera le prêt; et l'on ne pourrait faire un grief sérieux au notaire de ne s'en être pas occupé : sa responsabilité professionnelle ne serait pas en jeu et sa bonne foi aurait pu être entière, les parties ayant débattu entre elles les conditions du prêt. La négligence commise par les intéressés les ferait, d'ailleurs, mal ve-

(1) La loi du 19 février 1889, art. 2 et 3, attribue de plein droit aux créanciers hypothécaires les indemnités dues par les compagnies d'assurances en cas de sinistre.

nir à accuser le notaire d'un oubli qu'ils auraient dû éviter tout les premiers (1).

APPENDICE

Formalités hypothécaires subséquentes au prêt.

Lorsqu'une hypothèque a été consentie pour la garantie d'un placement, il faut qu'elle produise son effet à l'égard des tiers, qu'elle soit soumise à la formalité de l'inscription sur les registres du conservateur des hypothèques; jusque là elle n'a d'existence qu'entre les parties contractantes, ce qui est loin de suffire : l'hypothèque étant de sa nature un droit de préférence à l'égard des autres créanciers et un droit de suite à l'encontre des tiers détenteurs. Cette inscription qui assurera le conservation des droits du prêteur (2) ne rentre pas dans les éléments de validité du contrat hypothécaire. Une fois l'acte reçu, le contrat rédigé, le rôle strictement professionnel du notaire est terminé : exiger davantage serait l'obliger à assurer l'efficacité du placement, ce qui est inadmissible.

Cette solution n'a jamais été contestée par la doctrine (3), et la jurisprudence actuelle s'y est ralliée;

(1) Bordeaux, 12 novembre 1895, D., 96, 2, 410. — Req., 15 décembre 1841, D., *Rép.*, v. *Respons.*, n° 363-1°. — Req., 29 décembre 1847, D., 48, 1, 55.

(2) C'est à propos de l'inscription que la question s'est posée, mais on pourrait reproduire les mêmes discussions à propos de la signification du transport de créance, lorsque le placement a été garanti par voie de cession de créance.

(3) Eloy lui-même si peu favorable au notariat, se prononce en ce sens. II, pp. 235, 237 et s.

on trouve, néanmoins, quelques rares arrêts qui ont soulevé des doutes. Ils se sont appuyés sur la théorie du mandat légal que nous retrouvons si souvent; mais ici elle est poussée dans ses plus extrêmes limites et le plus grand nombre de ses partisans n'a pas osé la suivre jusque là. Le notaire, dit-on, doit surveiller les intérêts de ses clients, leur faire comprendre les chances qu'ils courent faute de prendre certaines précautions et « veiller lui-même à l'accomplissement des conditions nécessaires pour conserver les droits des parties ». En un mot, on oblige l'officier public rédacteur à mener le placement à bonne fin en se substituant constamment au prêteur (1).

Aussi la Cour suprême a-t-elle fait justice de cette opinion dans un arrêt du 14 février 1855 (2), et elle décide, d'une façon constante, que le notaire n'est pas le mandataire légal des parties pour donner suite aux actes qu'ils reçoivent (3), qu'il n'a pas, dès lors, l'obligation professionnelle de faire inscrire l'hypothèque (4) et à plus forte raison de renouveler une inscription hypothécaire (5).

(1) Nîmes, 5 février 1848 et 27 juin 1849, D., 50, 1, 267. — Poitiers, 30 juin 1847, D., 47, 2, 190. — Paris, 27 août 1852, D., 54, 2, 75. — Paris, 13 juin 1854, D., 55, 2, 252.

(2) S., 55, 1, 171 ; D., 55, 1, 170.

(3) Cass., 18 novembre 1895, D., 96, 1, 16. — Req., 22 février 1897, D., 97, 1, 200. — V. aussi Dijon, 8 décembre 1897, D., 99, 2, 115.

(4) Cass., Req., 4 juillet 1847, D., 47, 1, 350. — Pau, 20 juin 1892, D., 93, 2, 161.

(5) Trib. Seine, 24 avril 1868, *Rev. du not.*, n° 2159. — Trib. Toulouse, 18 juin 1888, *Gaz. du Midi*, 29 juillet 1888.

Un mandat pourrait obliger le notaire à remplir ces formalités; mais encore faudrait-il qu'il fût bien établi; or nous verrons que la jurisprudence est portée à en admettre trop facilement la preuve : d'après elle, il pourrait résulter des rapports du client avec l'officier ministériel, du fait de l'accomplissement de formalités identiques sur d'autres actes concernant le prêteur ou même de la pratique du notariat dans le pays.

Tout ce que nous croyons permis de dire, c'est que le notaire devrait, lorsqu'il est d'usage qu'il accomplisse les formalités hypothécaires, prévenir le client qu'il ne les remplira pas, en supposant toutefois qu'il veuille se soustraire à cet usage; comme nous l'avons dit ailleurs, l'officier public ne serait pas de bonne foi s'il laissait croire aux parties qu'il se chargeait de ce soin et n'en faisait rien ensuite.

CHAPITRE III

Des Clauses préventives.

Le notaire étant de par la loi obligé de prêter son ministère lorsqu'il en est requis, sa responsabilité ne doit pas être illimitée. Le placement sur hypothèque qu'on lui demande d'authentiquer peut lui paraître dangereux pour les parties et celles-ci, malgré l'avis qu'il leur a donné, peuvent s'obstiner à réaliser l'opération. Les clauses préventives, dites encore clauses de non-responsabilité ou d'exonération, seront alors employées comme un moyen de mettre le notaire à couvert. Elles répondent à un triple but.

L'officier public à intérêt à établir qu'il n'a pas franchi le cercle de ses attributions professionnelles, car les obligations qui naîtraient pour lui d'un mandat ou d'une gestion d'affaires viendraient s'ajouter à celles que lui impose sa fonction. De plus, l'appréciation de la responsabilité professionnelle appelle une plus grande bienveillance du juge, l'officier public n'ayant pu se refuser à rédiger l'opération, et la loi elle-même ayant apporté une atténuation facultative par l'emploi de l'expression « s'il y a lieu », dans l'article 68 de la loi de Ventôse. Les clauses préventives serviront donc à établir que le notaire n'a assumé

aucune mission conventionnelle et qu'il ne s'est pas immiscé dans les affaires du prêteur.

Ces clauses seront encore employées pour établir que dans son rôle strictement professionnel, l'officier public a rempli toutes ses obligations. En présence de la jurisprudence actuelle qui lui impose d'éclairer les parties, il aura intérêt à montrer qu'il s'est soumis à cette obligation prétorienne (1), puisque c'est pour lui le seul moyen d'échapper à la responsabilité que voudrait lui faire supporter un client peu scrupuleux qui n'a pas suivi ses avis lorsqu'il en était temps.

Connaissant enfin les dispositions de certains tribunaux qui rangent l'accomplissement des formalités hypothécaires au nombre des obligations professionnelles, le notaire cherchera dans les clauses préventives un moyen d'établir que les parties ont entendu le décharger de ce soin.

L'exonération conventionnelle nous apparaît donc à ce triple point de vue comme destinée à mettre l'officier ministériel à l'abri d'une jurisprudence qui tend à aggraver chaque jour sa responsabilité, en allongeant d'une façon arbitraire la liste de ses obligations.

Examinons donc la valeur de ces clauses préventives et, pour cela, disons d'abord quelle est leur nature :

(1) Il indiquera par exemple, qu'il a attiré l'attention du prêteur sur la gravité de telle clause particulièrement dangereuse.

Le notaire n'entend pas se décharger d'une responsabilité, il ne s'exonère pas d'une faute contrairement à ce que semblerait indiquer l'expression de clause d'exonération. Il fait connaître simplement un fait, il établit ce qui s'est passé : il veut prouver qu'il n'a été que le rédacteur du placement, qu'il a éclairé les parties, que celles-ci n'ont pas tenu compte de ses avis, qu'elles l'ont dispensé d'accomplir les formalités hypothécaires ou qu'il leur a fait savoir qu'il s'en déchargeait. Et lorsque la signature du client suivra tout cela, il n'y aura que la reconnaissance d'un fait, d'une situation, et jamais une véritable convention.

Et en supposant même que la clause apparaisse comme une convention par laquelle le notaire se déchargerait de la responsabilité qui découle de l'inaccomplissement de l'obligation d'éclairer les parties, en quoi cette convention serait-elle illégale? Pourquoi le notaire ne pourrait-il pas, si les parties y consentent, se décharger de cette prétendue obligation professionnelle? Est-elle donc d'ordre public?

On remarquera d'ailleurs que le cas où l'on pourrait adresser un tel reproche (et ce reproche, nous ne l'admettons pas) à la clause préventive, forme une quatrième catégorie fort distincte des trois que nous avons indiquées d'abord. Nous croyons que si la jurisprudence s'est trop souvent prononcée contre les clauses préventives, cela tient un peu à ce qu'elle ne les a pas distinguées et a vu dans toutes une convention illicite. Elle n'aurait raison de les repousser que lorsque l'officier public ayant reçu un acte évidemment illégal ou frauduleux, tenterait par une de

ces clauses, de se mettre à couvert d'une responsabilité justement encourue (1).

Quelle force probante faudrait-il reconnaître aux clauses préventives insérées dans une obligation hypothécaire? Quoique contenues dans un acte authentique, on ne saurait prétendre qu'elles fassent preuve jusqu'à inscription de faux : les énonciations qu'elles contiennent ne font pas en effet partie intégrante de la convention de prêt, elles ne peuvent donc avoir d'autre effet, aux termes de l'article 1320 (*in fine*, C civ.), que de servir de commencement de preuve par écrit, ce qui permettra l'admission de la preuve testimoniale et servira comme présomption à démontrer le fait qu'elles constatent.

Telles sont l'utilité, la nature et la force probante de ces clauses; voyons l'accueil qui leur a été fait par la doctrine et par la jurisprndence.

Les auteurs en ont admis de tout temps la validité; ils sont unanimes sur ce point (2). La jurisprudence au contraire, après en avoir reconnu la légalité (3) et même avoir blâmé des notaires de n'en avoir pas

(1) Lyon, 13 janvier 1871. — Cass., Req., 17 juillet 1872, *Rev. du not.*, n° 4248.

(2) Massé, *Parfait notaire*, I, p. 654. — P. Pont, *Rev. crit.*, VII, p. 49. — Defrénois et Vavasseur, X. n° 7642. — Eloy, *Consultation J. N.*, 20049, 20048. — Ed. Clerc, *Formulaire*, I, p. 208.— Didio, XVII, n° 497 et s. — Rutgeerts et Amiaud, *Comment.*, n° 295, II. — Amiaud, *Formulaire*. v. *Clauses préventives*, I. — Bauby, pp. 450 et s.

(3) Metz, 17 juin 1863, *Rev. du not.*, V, n° 906, p. 683. — Paris, 15 mars 1870, D., 73, 1, 485.

inséré dans certains actes (1), a modifié son système et les repousse presque toujours. Dans un arrêt du 2 avril 1872 (2), la Cour de Cassation, sans être très précise, commence à battre en brèche la valeur de ces clauses et dans un arrêt du 17 juillet 1872 (3), elle déclare formellement que « les parties et les juges ne sont aucunement liés » par ces clauses.

Sur quels arguments se base-t-elle donc pour les déclarer sans valeur ?

On a dit tout d'abord que la clause préventive serait contraire à l'article 8 de la loi de Ventôse en ce sens que, le notaire n'ayant pas le droit d'instrumenter pour lui-même, les tribunaux ne seraient pas liés par les déclarations qu'il fait à son profit et dans son intérêt au sujet de la responsabilité qui peut naître à sa charge de la conduite qu'il a tenue ou des conseils qu'il a donnés. A cela, nous répondrons que l'article 8 vise une « disposition » et par ce mot, il faut entendre l'attribution d'un droit, d'un avantage ; or, nous avons vu qu'il ne s'agissait ici que de la constatation d'un fait, et ce fait ne constitue au

(1) Amiens, 29 janvier 1863, *J. N.*, 17800, *Rev. du not.*, n° 619, IV, p. 691. — Trib. de Blaye, 4 juin 1873, *Rev. du not.*, n° 4438, XIV, p. 746.

(2) S., 72, 1, 109, D., 72, 1, 362.

(3) S., 72, 1, 386, D., 73, 1, 87, *Rev. du not.*, n° 4248. Le principe sur lequel est basé cet arrêt est faux ; mais il fallait condamner le notaire parce que dans l'espèce, il avait manqué de bonne foi. Rejettent aussi les clauses préventives : Trib. Seine, 26 janvier 1878, *J. N.*, 22906. — Paris, 12 novembre 1889, *J. N.*, 24435. — Trib. Chambéry, 11 août 1890, *J. du not.*, 1890, p. 749.

profit du notaire ni un droit réel ni un droit de créance. Comme le posent très nettement deux arrêts très récents de 1900, l'article 8 ne vise que les dispositions en faveur du notaire « c'est-à-dire des dispositions qui sont pour lui la source d'un droit » (1), il ne vise que les actes « desquels résultent un droit » pour lui (2). Quant à dire qu'en tout cas le notaire a instrumenté pour lui, qu'il a été partie à l'acte, nous ferons observer d'abord qu'on n'est vraiment partie à un acte qu'autant qu'on y a un intérêt actuel (3), ensuite que rien n'interdit au notaire de faire des constatations à son profit, d'instrumenter pour lui-même, lorsqu'il est pris non comme simple particulier, mais comme fonctionnaire public et la preuve en est que la loi elle-même lui impose la constatation de certains faits accomplis par lui, précisément dans le but de dégager sa responsabilité. Il suffit pour cela de se reporter aux articles 972 et 1394 du Code civil qui lui prescrivent de mentionner l'accomplissement des formalités que la loi lui imposait.

Nous ajouterons que ces clauses ne sont pas contraires en droit au principe de l'article 8, puisque de nombreuses législations étrangères qui ont admis ce

(1) Bordeaux, 3 janvier 1900, *Gaz. Pal.*, 27 avril 1900.

(2) Req , 16 janvier 1900, confirmant l'arrêt de Bordeaux ci-dessus, *Gaz. Pal.*, 27 avril 1900.

(3) Or, l'intérêt de l'officier public serait tout au plus éventuel, conditionnel, puisque si le client n'éprouve aucune perte, il ne l'actionnera pas, dès lors totalement insuffisant pour rendre l'article 8 applicable. V. Bauby, pp. 453 et 454, *Rev. du not.*, n° 2683.

même principe, prescrivent au notaire de les insérer (1).

En supposant même que la clause préventive constituât une disposition en faveur du notaire, la conséquence logique serait la nullité de tout le placement et non seulement la nullité de la clause ; or la jurisprudence n'a jamais cru pouvoir aller jusque là. Cela montre bien la faiblesse de son système.

Un second argument que l'on invoque pour repousser les clauses préventives, consiste à dire que si l'on en reconnaissait la validité, elles deviendraient de style. Cet argument ne porte pas ; en effet, de deux choses l'une : ou bien l'on entend par clauses de style des déclarations uniformément les mêmes dans les actes et qui constatent l'accomplissement des formalités prescrites, et alors on voit que de nombreuses déclarations de ce genre sont déjà imposées par la loi au notaire (2) et qu'elles produisent un plein effet; ou bien on les entend au sens où les entendait l'ancien droit qui y voyait des formules superflues et inutiles, et alors il est facile de répondre que ces clauses ne peuvent plus se rencontrer dans une loi qui, comme la nôtre, présume que le client a accepté toutes les clauses contenues dans l'acte.

Tous ces arguments n'ont pas une base bien sérieuse

(1) Luxembourg (loi du 30 octobre 1841). — Prusse (loi notariale du 11 juillet 1845, §§ 3 et 4). — Russie (loi notariale du 14 avril 1866). — Bavière (loi notariale du 10 novembre 1861). — Autriche (loi notariale du 25 juillet 1871, § 36).

(2) Il suffit d'indiquer les formules courantes qui commencent un acte et surtout celles de la fin.

et nous croyons que si la jurisprudence s'en est contentée, c'est qu'elle a trouvé d'autre part les clauses rédigées souvent de telle sorte qu'il était difficile vraiment d'y voir la base d'une juste exonération. Voyons donc comment ces clauses se sont présentées en pratique et comment il eût été préférable qu'elles fussent rédigées.

L'arrêt de Paris du 27 août 1852 (1) nous indique une clause préventive ainsi formulée : « le présent prêt a été négocié directement entre les parties, sans la participation du notaire qui n'a été que le rédacteur des conventions. » C'est en ces termes qu'a été rédigée souvent la clause destinée à établir ce fait que le notaire n'avait assumé aucun mandat ou n'avait pas joué le rôle de gérant d'affaires, et la jurisprudence l'a souvent repoussée. Pour qu'elle eût plus de chances de réussite, le notaire ferait bien de se montrer plus précis en indiquant les circonstances dans lesquelles les parties se sont présentées à lui. Si par exemple le prêt a été fait hors de sa présence, il indiquera la date du versement, le lieu où il a été fait, etc.. Si le prêt avait été fait sur lettre de change, et qu'on lui demande de le convertir en obligation notariée avec affectation hypothécaire, il aura soin de conserver la lettre de change, d'en rappeler la date dans l'acte. Mais il faut bien le reconnaître, des précisions de ce genre qui semblent porter en elles un cachet de vérité, ne sont pas toujours possibles, et même ainsi faites, les tribunaux s'attribuent parfois

(1) D., 54, 2, 75.

le droit de les déclarer inefficaces ; aussi le notaire devra-t-il avoir recours à un moyen plus sûr d'établir son rôle purement professionnel : la décharge par acte séparé. La jurisprudence paraît admettre cette manière de faire (1). Il est vrai qu'à ces décharges séparées on a trouvé des inconvénients : on leur reproche de grossir les archives déjà considérables des études, de courir le risque de s'égarer (2). Et si le client ne sait pas signer, va-t-il falloir passer la décharge devant un autre notaire : « on ne peut songer à une pareille mesure, qui impliquerait un droit de contrôle susceptible d'être exercé par les notaires en ce qui touche la partie la plus délicate de leurs fonctions (3). » Nous reconnaissons les inconvénients des décharges par acte séparé; mais puisque c'est là, aux yeux des tribunaux, le seul moyen pour le notaire de mettre sa responsabilité à couvert, pourquoi hésiterait-il à l'employer lorsqu'il a dû rédiger comme malgré lui un placement qui lui paraît dangereux ? Cette manière de faire, qui est d'ailleurs adoptée par d'excellents notaires, ne fera guère connaître au confrère qui rédigera la décharge qu'une chose, c'est

(1) Dans la circulaire du *Comité des not. des départements*, n° 225, XI, p. 717, on a présenté comme contraires un arrêt de la Cour de Nancy du 8 mars 1884 et un jugement du Trib. de la Seine du 7 décembre 1893 ; mais il faut remarquer que dans le premier cas il y avait eu dol dans la décharge ; et dans le second, on avait jugé la décharge incomplète.

(2) Amiaud, *Traité formulaire*, I. p. 502.

(3) Bonnet, *De la Respons. des not.*, p. 48, cité par Ermont, p. 299.

qu'on a rédigé un placement hasardeux et qu'on n'approuvait pas. La plus forte objection qu'on pourrait faire serait que dans certaines études éloignées, il sera presque impossible de se rendre chez un confrère avec ses clients, pour passer acte de la décharge. Cela nous servira à montrer, une fois de plus, ce qu'il y a d'excessif dans le système de la jurisprudence, qui rend si difficile la preuve du rôle pourtant normal joué par le notaire.

Nous avons dit que les clauses préventives pouvaient avoir un autre but : établir que l'officier a rempli les obligations que lui impose la jurisprudence ou que les parties, se trouvant suffisamment éclairées, ont déchargé le notaire de certaines démarches. En pratique, c'est surtout ici que les notaires ont rédigé leur clause préventive d'une façon trop peu précise : ils se sont contentés le plus souvent de dire que le prêt avait été négocié hors de leur présence et qu'ils n'avaient fait que rédiger les conventions. La jurisprudence n'a pas admis la clause, et la responsabilité de l'officier public s'est trouvée engagée. « Attendu, dit un arrêt de la Cour de cassation, du 6 juin 1894 (1), que par la mention insérée dans l'acte « que le notaire n'était que le rédacteur des conventions des parties » celui-ci n'avait pu s'affranchir de la responsabilité d'une faute commise dans l'exercice de ses fonctions.. » A cela nous ne trouvons à dire qu'une chose, c'est que la clause était mal rédigée. Etant donné, en effet, le

(1) D., 94, 1, 359. — Dans le même sens : Paris, 27 août 1852, D., 54, 2, 75.

système admis par la jurisprudence à savoir que l'obligation d'éclairer les parties, de les renseigner notamment sur la propriété des immeubles, sur l'importance des charges, etc..., serait une obligation professionnelle, pour se décharger de toute responsabilité à cet égard, il ne suffisait pas de montrer que le notaire était resté dans son rôle professionnel, puisque c'était en cette qualité qu'on le déclarait tenu, il fallait établir que l'officier public avait éclairé les parties, leur avait montré les dangers du placement, ou indiquer que le prêteur avait déclaré connaître parfaitement la propriété du constituant, l'importance des charges qui pesaient sur l'immeuble, en un mot, les dangers de l'opération. Ainsi rédigée, la clause aurait, sans doute, paru suffisante aux tribunaux, et la pratique tendra, croyons-nous, à adopter de plus en plus cette manière de faire. Elle aura d'autant plus d'intérêt à rédiger ces clauses avec le plus grand soin, qu'il serait plus difficile ici de recourir à la décharge par acte séparé, au moins lorsqu'il est nécessaire de la faire par acte authentique. Elle aurait, en effet, dans ce dernier cas, le grave inconvénient de faire pénétrer un confrère plus avant dans la connaissance de l'acte que lorsqu'il ne s'agissait d'établir qu'une chose ; le rôle de simple rédacteur joué par le notaire. Il n'y a pas lieu néanmoins, croyons-nous, de rejeter l'emploi des décharges par acte séparé. Ce procédé peut être gênant mais en tout cas il est légitime et juridique. Nous ne sommes pas de l'avis du savant maître M. Arnault qui disait: « En fait, il arrivera le plus souvent qu'une attestation

extrinsèque à l'acte, donnée par les parties, couvrira le notaire en empêchant tout procès ; mais en droit et malgré tout, s'il y avait procès, les tribunaux seraient-ils liés ? Evidemment non. Ils ne le seraient pas plus que par une clause insérée dans l'acte. Comment comprendre que les mêmes paroles écrites sur un papier à part et signées par les parties puissent avoir plus d'effet que si elles étaient insérées dans l'acte même et signées par les mêmes parties ? Notre droit répugne à de pareilles subtilités et ce que la Cour de cassation disait dans les arrêts de 1872 de la force des déclarations insérées dans les actes, doit s'appliquer également dans notre hypothèse. » Il nous paraît que les deux situations ne sont pas identiques et nous ne sommes pas étonné que la jurisprudence les distingue.

Il est, en effet, impossible de dire que les décharges par acte séparé constituent des clauses de style : ce qui dans le cours de l'acte aurait pu échapper à l'attention des parties, ne leur échappera certainement pas lorsqu'on leur demandera de donner une décharge bien explicite, par acte séparé. Que si l'on parle de signature obtenue par surprise, il s'agit d'un véritable dol, en tous cas, d'un manque de bonne foi qui ne saurait se présumer.

Nous disions enfin que les clauses préventives seraient d'une certaine utilité à l'occasion des formalités hypothécaires, dans les régions où les tribunaux ou l'usage imposent au notaire de les accomplir. Si les parties ne sont pas d'avis de les remplir ou si pour une raison quelconque le notaire ne veut pas s'impo-

ser cette charge qu'aucune loi ne lui impose, cela sera constaté par une clause qui devra être aussi claire que possible et rédigée de préférence de telle sorte qu'elle ne paraisse pas faite au nom du notaire, mais bien plutôt qu'elle se présente comme une déclaration émanant des parties (1). Il sera alors plus difficile de prétendre que ces dernières ne l'ont pas comprise.

Nous voulons conclure en disant que malgré les inconvénients et même parfois l'inefficacité des clauses préventives et des décharges par acte séparé, il y a lieu, vu l'état actuel de la jurisprudence, d'en encourager l'emploi. Nous répéterons ce que M. Le Bertre disait dans un savant rapport sur les décharges de responsabilité en matière de placements hypothécaires (2) : « Nous avons la conviction que les décharges sous signatures privées, spéciales et explicites, combinées avec les déclarations dans l'acte authentique, empreintes les unes et les autres d'une sincérité absolue, employées avec circonspection, ces décharges, disons-nous, auront une incontestable utilité; elles rendront le succès des actions en responsabilité plus douteux et feront hésiter à les introduire

(1) Didio, *Encyclopédie du notariat*, XVII, p. 646, indique une formule fort acceptable ; elle est ainsi conçue : « *Les parties déclarent qu'elles ne sont pas, quant à présent, dans l'intention de remplir sur le présent acte, les formalités de l'inscription, chacune d'elles se réservant néanmoins de le faire quand elle le jugera convenable.* »

(2) Circulaire du *Comité des notaires des départements*, XI, n° 225.

les clients qui, dans l'état actuel, prennent trop facilement les notaires pour les assureurs de tous les mécomptes. » Nous ajouterons que la jurisprudence nouvelle semble encourager notre espoir par les arrêts de Bordeaux, 3 janvier 1900 et Cassation, requête, 16 janvier 1900 qui, nous l'avons vu, font un juste retour à la saine interprétation de l'article 8 de la loi de Ventôse.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA

Responsabilité extra professionnelle.

Nous venons de voir le notaire dans son rôle strictement professionnel, nous l'avons supposé se limitant à la rédaction de l'acte constatant le placement hypothécaire ; mais il faudra bien convenir que dans la pratique, rares seront les cas où le rôle de l'officier public aura été aussi passif. Bien qu'il soit, en effet, de la prudence du notaire de se renfermer dans une situation aussi restreinte, trop de motifs le pousseront à s'immiscer dans l'opération elle-même : ce sera l'intérêt qu'il porte à ses clients, le désir de répondre à leur confiance, la volonté de faire ce que l'usage de la région veut qu'il fasse ; ce sera peut-être aussi, afin d'augmenter le nombre des affaires de son étude, enfin, la crainte même d'encourir une responsabilité, comme nous le verrons bientôt. Il sera souvent difficile de dire quelle a été de toutes ces raisons celle qui a déterminé le notaire à sortir de son rôle de rédacteur ; néanmoins, si les juges étaient convaincus que

dans l'espèce le notaire l'a fait dans une pensée de sollicitude pour le client, ils n'hésiteraient pas, croyons-nous, à en tenir compte dans l'appréciation de la responsabilité.

Cette responsabilité extra-professionnelle va être des plus variées : elle différera suivant l'immixtion plus ou moins profonde, suivant la part plus ou moins grande prise par le notaire dans la négociation du placement; elle variera avec la nature même des rapports du client et de l'officier public. C'est non plus dans des règles organiques étroites qu'il faudra chercher la base de la responsabilité, mais bien dans un contrat ou un quasi-contrat : le notaire agit ici non pas en sa qualité d'officier public, mais comme un simple particulier. Aussi admet-on sans difficultés que les dispositions favorables de la loi de Ventôse ne lui sont pas applicables : les « mots s'il y a lieu » contenus dans l'article 68 de ladite loi n'ont pas d'application ici; car il n'y a pas à tempérer la rigueur de la responsabilité que le notaire a encourue de son plein gré. L'article 3 n'est pas ici de mise; si l'on peut contraindre le notaire à instrumenter, on ne peut l'obliger à dépasser le rôle que la loi lui a assigné.

Mais par cela même que la responsabilité extra-professionnelle sera celle du droit commun plus rigoureux que la responsabilité professionnelle, on ne devra admettre que le notaire ait assumé un rôle contractuel ou quasi-contractuel qu'autant que cela sera bien établi.

Quel est donc ce rôle que le notaire a pu jouer, hors de ses fonctions?

En allant du simple au composé, nous voyons que le notaire a pu se borner à donner un conseil sur le placement lui-même ; ce que sa fonction ne l'obligeait pas à faire. Il peut aussi avoir joué le rôle d'intermédiaire entre les clients : indiqué un emprunteur au prêteur, un prêteur à l'emprunteur. S'engageant plus avant dans l'opération, il aura accepté un mandat relativement à tout ou partie du placement, peut-être même aura-t-il fait, sans en avoir été chargé, ce qu'un mandat lui aurait imposé de faire. Nous devons, enfin, nous préoccuper de la responsabilité qu'encourrait le notaire assez imprudent pour cautionner un prêt dont il était le rédacteur ou le négociateur.

Tels sont les divers rôles que le notaire aura pu jouer, franchissant ainsi le cercle de ses attributions professionnelles. Dans toutes ces situations, il conviendra de ne pas oublier que l'on pourra se trouver en présence de deux sortes de responsabilités : l'une née des fonctions notariales, l'autre née d'un contrat ou d'un quasi-contrat; si parfois elles se cumulent et coexistent, parfois aussi une seule se présentera : irresponsable comme officier public, le notaire pourra être condamné comme mandataire, gérant d'affaires, etc.

CHAPITRE PREMIER

Du Notaire-conseil.

Il ne s'agit pas ici du rôle de conseil légal des parties que le notaire, quoique simple rédacteur, serait obligé de remplir, d'après la manière de voir de la jurisprudence actuelle ; nous n'allons pas examiner le conseil que le notaire pourrait avoir à donner en cette qualité, relativement à telle ou telle partie de l'acte et pendant sa passation. Nous voulons parler du conseil relatif á l'acte lui-même, pris en bloc : le client demande au notaire « me conseillez-vous de faire tel placement (1) » ? Nous sommes bien ici en matière de responsabilité extra-professionnelle, car il ne s'agit pas encore de rédaction de l'acte et, l'on ne saurait faire au notaire un devoir de conseiller ; par suite il n'y aura jamais à parler de responsabilité pour conseil omis. Il s'agira seulement de déterminer quelle sera la responsabilité encourue lorsque le conseil donné aura entraîné des suites fâcheuses. Pour le bien établir, il convient de rechercher quelle est la nature même du conseil.

(1) La situation serait la même si le notaire était le premier à conseiller le placement.

Lorsqu'on donne un conseil, on dit ce que l'on pense, ce que l'on croit sur une situation donnée, ce n'est que cela que demande celui qui le reçoit. Ce dernier n'a pas voulu s'engager à le suivre, pas plus que le premier n'a entendu s'obliger en le donnant : il ne s'est donc pas formé de contrat et s'il y a eu concours de volontés c'est seulement dans ces limites. Comme dit Laurent (1), alors même qu'à la suite du conseil se formerait un contrat, le simple conseil est un fait moral, non un fait juridique. Quand même celui qui a demandé le conseil aurait eu la ferme intention de s'y conformer, cette intention, élément tout subjectif, ne modifierait pas la nature du conseil, car celui qui le donne n'a pas entendu obliger celui qui le reçoit à le suivre. Absence d'obligations de part et d'autre, telle est donc la caractéristique du conseil (2). Il n'y a pas eu mission donnée et l'on n'a dès lors pas voulu avoir à en rendre compte ; par là le conseil diffère profondément du mandat avec lequel on l'a parfois confondu, confusion qui, en matière de placements hypothécaires, a eu, sur la responsabilité du notaire, de graves conséquences.

Ce qui distingue aussi le conseil du mandat c'est la représentation : celui qui donne le conseil au sujet d'une opération n'intervient pas dans l'exécution, c'est celui qu'il a conseillé qui agit, le notaire ne se substitue pas à lui : il s'ensuit que celui qui a reçu le conseil, conservant toute sa liberté d'action, peut

(1) *Principes de droit civil français*, XXVII, p. 407.

(2) Pothier, *Traité du Mandat*, nos 15 et 16.

échapper à l'influence du conseil. Dans le mandat, au contraire, celui qui a reçu la mission représente le mandant, agit pour lui, et l'on comprend fort bien que de cette substitution naisse une véritable responsabilité.

De ce que nous venons de dire, il résulte que le conseil « indique et n'impose pas » ; néanmoins, une responsabilité peut en découler, c'est lorsque le conseil a été donné de mauvaise foi ou avec dol. En dehors de ces cas, pas de responsabilité. Cette solution a été admise de tout temps. « *Nemo ex consilio obligatur* (1) » ; « *consilii non fraudulenti nulla est obligatio* (2) », disait déjà le droit romain ; et cette manière de voir corroborée par nos anciens auteurs, et par la doctrine et la jurisprudence actuelles, est pleinement conforme à la nature du conseil : on ne peut être coupable que relativement à ce que l'on était chargé de faire ; or, ici, on n'avait que l'obligation de dire ce que l'on croyait être, de donner son avis, on ne sera donc responsable que de n'avoir pas dit ce que l'on croyait.

Telle est la responsabilité du droit commun ; s'applique-t-elle au notaire ?

« Quand il conseille en dehors de ses fonctions, dit M. P. Pont (3), le notaire donne un conseil purement officieux dont les suites, quelles qu'elles soient, ne sauraient jamais engager sa responsabilité notariale

(1) *Inst. du Mandat*, § 6, liv. III, chap. XXVI.
(2) D., 1, 47, *De reg. juris*.
(3) *Rev. du not.*, n° 254.

proprement dite ; c'est évident, puisque ce n'est pas comme officier public et dans l'accomplissement de ses fonctions qu'il a conseillé. Comment donc le notaire serait-il tenu et responsable ? Comme le serait toute autre personne de qui le conseil pourrait émaner également. » Que le notaire ait, comme tel, plus d'influence, cela est fort possible ; mais, tant que cette influence restera à l'état moral, tant qu'elle ne revêtira pas une forme dolosive, comment l'invoquerait-on pour aggraver les obligations qu'entraîne le conseil ? Sans doute, le degré élevé de confiance que nous avons dans une personne, nous fera adopter plus aisément la solution qu'elle nous propose ; mais, à bien considérer les choses, le conseil demandé implique toujours cette idée de confiance et, s'il s'y joint une « certaine énergie de conviction capable de presser sur la détermination », il n'en reste pas moins vrai qu'au fond nous conservons encore une liberté d'action suffisante pour dégager le notaire de toute responsabilité.

Quant à dire que la nature du conseil changerait, parce que le notaire deviendrait le rédacteur du placement qu'il avait conseillé, nous ne croyons pas qu'on puisse sérieusement le soutenir. On dit bien que la rémunération que recevra le notaire enlèvera au conseil son caractère officieux et désintéressé ; mais il est facile de répondre que les honoraires sont destinés à rémunérer la rédaction et non le conseil ; et, en supposant même qu'ils s'appliquent au conseil, la responsabilité qui découlerait d'un conseil salarié serait la même que pour un conseil gra-

tuit (1) ; car, dans les deux cas, nous le répétons, on n'a qu'un but en le demandant, connaître l'avis du notaire. Tout ce que l'on pourrait peut-être soutenir, c'est que l'on dévrait tenir compte, dans une certaine mesure, pour l'appréciation de la bonne ou de la mauvaise foi, de cette idée que le notaire a pu conseiller le placement afin de compter un acte de plus dans ses minutes.

Admettre une responsabilité plus étendue que celle que nous venons d'indiquer, ne serait-ce pas confondre le conseil avec le cautionnement, confusion qu'il convient d'éviter à tout prix? Un arrêt de cassation (req. du 11 juillet 1836) (2) a commis cette erreur en décidant que le notaire, qui avait indiqué l'emprunteur et attesté sa solvabilité, était devenu la caution du prêteur : c'est admettre trop facilement une situation qui, nous le verrons plus loin, est au moins anormale. Il y avait plutôt dans cette hypothèse un conseil suivi d'un renseignement sur la solvabilité (3). Or, lorsque le notaire n'avait pas reçu mandat à l'effet de s'assurer de la solvabilité, on ne voit pas en vertu de quel principe on pourrait faire

(1) Il en est d'ailleurs bien ainsi pour les conseils donnés par un avocat.

(2) *Journ. du Palais.*, 66, p. 878.

(3) C'est bien ainsi que l'avait compris Pothier, lorsqu'il disait dans son *Traité du Mandat*, nos 15 et 16 : « Quand même je vous aurais dit indiscrètement et témérairement que Pierre était un homme solvable, parce que je le croyais, sans néanmoins m'être informé de sa solvabilité, je ne serais pas obligé ; vous pouviez vous en informer. »

retomber sur lui l'erreur qu'il a commise involontairement : en donnant son avis, il rend déjà un service au client et on ne saurait l'obliger, en dehors de toute idée contractuelle, à s'assurer de l'exactitude d'une situation qu'il croit connaître. Que si le notaire a mal conseillé, le client, de son côté, a à se reprocher une faute ; car il ne devait pas se désintéresser de ses intérêts, surtout lorsqu'il n'avait pas donné mission au notaire de le faire à sa place En fait, d'ailleurs, comme on l'a très bien fait observer, lorsqu'on parle de capitalistes, de prêteurs, on parle de personnes habituellement défiantes qui, tout en accordant au notaire une confiance méritée, prennent, en général, personnellement leurs informations.

Toutefois, comme nous l'avous déjà laissé entrevoir, si le notaire avait accompagné le conseil d'une pression morale telle, qu'en fait la volonté du client ne fût plus libre; ou encore, s'il avait parlé contre sa pensée, sa responsabilité serait toute autre. Ce sont là questions de fait que le juge appréciera, mais il n'oubliera pas que la bonne foi doit toujours se présumer.

Quelle est sur les questions que nous venons d'examiner, l'opinion généralement adoptée ?

Tout le monde admet que la responsabilité que peut entraîner le conseil ne commence qu'avec la mauvaise foi de celui qui le donne; mais lorsqu'il s'agit de l'application du principe au notaire, l'accord n'est plus aussi parfait. Tandis que la grande majorité des auteurs (1) admet la solution que nous avons

(1) Pothier, *Obligations*, n° 401. — Troplong, *Mandat* n° 18. —

préconisée, on lit dans Laurent (1) ceci : « Quand le notaire conseille un prêt et qu'il néglige d'avertir le prêteur du danger qui le menace, il est coupable d'imprudence, il commet un quasi-délit et il est responsable en vertu du principe général des articles 1382 et 1383. » En mettant de côté la question de bonne ou de mauvaise foi, c'est oublier qu'il n'y a pas faute lorsqu'on avait le droit de s'abstenir; or on le suppose le notaire n'avait pas reçu le mandat de s'assurer de la non existence de ce danger qui menace le prêteur.

La jurisprudence a dans un certain nombre d'arrêts (2), appliqué les vrais principes mais l'on signale aussi certaines décisions qui sont empreintes d'une sévérité injustifiée à l'égard des notaires qui avaient seulement donné un conseil (3). Un arrêt récent de Caen, 27 juin 1899 (4) est critiquable aussi, bien qu'exonérant le notaire, qui a conseillé l'opération,

Demolombe, XXXI, nos 535 et s. — Aubry et Rau, nº 410, IV, p. 635. — Amiaud, Tr. form., nº 161, II, p. 678. — Vergé, *Resp. des not.*, nº 68. — Pagès, *Resp. des not.*, p. 162. — Rutgeerts et Amiaud, nº 1326. — P. Pont, *Rev. du not.*, nos 254 et 387. — Guillouard, nos 23 et s. — Huc, XII, p. 36.

(1) Laurent, *op. cit.*, XXVII, p. 413.

(2) Paris, 22 mai 1832, *Rép.*, V. *Respons.*, nº 357. — Caen, 9 avril 1839, *ibid.*, nº 347. — Paris, 26 janvier 1833, *ibid.*, nº 357. — Caen, 2 février 1857, D., 57, 2, 151.

(3) Paris, 11 mai 1886, P. Fr., 86, II, 160. — Trib. Narbonne, 12 janvier 1900, *Rép. général du not.*, art. 11195. — Rouen, 16 mars 1870 et Req. 10 juillet 1871, D., 71, 1, 215. — Req., 27 juillet 1878, D., 78, 2, 163.

(4) Rec. Rouen, 190, 2, 1900.

car il ne le dégage que parce que le prêteur lui avait adjoint un mandataire.

Par contre, l'arrêt de Toulouse du 22 mai 1900 (1) nous ramène aux solutions véritables : « attendu, dit-il, que le notaire est dans la situation de toute autre personne qui donnerait des avis ou des indications: que sa responsabilité ne peut être engagée que tout autant qu'il y aurait eu de sa part dol ou mauvaise foi. »

(1) *Rép. gén. du not.*, 1900, n° 11536.

CHAPITRE II

Du Notaire-courtier.

Il arrivera souvent que la personne qui a des fonds à placer ne connaisse pas d'emprunteur ou que celui qui a besoin d'argent ne sache à qui s'adresser; il sera alors très utile qu'un tiers intervienne pour rapprocher ces deux volontés et amener la conclusion d'un placement. Or, le notaire est plus que tout autre apte à remplir ce rôle, sa situation lui fournissant l'occasion de connaître les nécessités de chacun, par les offres et les demandes d'argent qui afflueront à son étude. Lorsque le notaire aura ainsi rapproché deux personnes, il aura joué le rôle d'intermédiaire, de courtier.

On peut se demander si le notaire a bien le droit de se faire ainsi le courtier d'un placement. L'article 12 de l'ordonnance du 4 janvier 1843 lui interdit en effet « de se livrer à aucune opération de bourse ou opération de commerce, banque, escompte et courtage ». On a fort bien répondu que ce que l'ordonnance a voulu interdire par cette disposition, ce sont seulement les courtages qui se rapportent à des opérations commerciales; cela résulte bien de la façon dont est rédigé le texte et du double but qu'ont pour-

suivi les rédacteurs de l'ordonnance : éviter que le notaire ne sorte de ses attributions et ne devienne justiciable des tribunaux de commerce. Il ne faut donc pas entendre le mot courtage de l'article 12 dans le sens de tout « fait d'un individu qui, sans s'obliger lui-même, rapproche deux personnes qui veulent conclure un contrat », mais dans le sens plus restreint de courtage de marchandises ou de ces actes que seuls ont le droit d'accomplir les courtiers privilégiés.

D'ailleurs, ce qui permet bien de croire que la loi n'a pas voulu interdire aux notaires de se faire les courtiers, les agents de rapprochement pour un acte de leur ministère, c'est que le même article 12 parle dans son 6° de « prêts qui auraient été faits par leur intermédiaire ».

Quand bien même le courtage serait défendu par l'ordonnance du 4 janvier 1843, la responsabilité civile du notaire à raison d'un fait de ce genre ne serait en rien modifiée, car l'ordonnance n'a pas établi la nullité de l'opération faite contrairement à ses dispositions ; il n'en résulterait qu'une peine disciplinaire qui n'atteindrait que l'officier ministériel.

La pratique n'a d'ailleurs jamais songé à reprocher au notaire de s'être fait l'intermédiaire de ses clients, et l'on devrait songer plutôt à l'encourager au moins pour les placements hypothécaires, car il rend service à des individus qui ont besoin les uns des autres et ne se connaissent pas.

On a comparé le notaire jouant le rôle de courtier à l'agent de change, le premier cherchant un prê-

teur ou un emprunteur comme ce dernier cherche un vendeur ou un acheteur. A ce point de vue, la ressemblance existe, mais il y a entre eux une ligne de séparation très nette ; l'agent de change agit en son propre nom pour le compte de son client, n'étant donc mandataire que dans ses rapports avec celui-ci. Le courtier, lui, ne contracte pas pour ses clients, son rôle se borne à rapprocher les parties, la conclusion de l'opération ne sera pas son œuvre « le rapprochement étant une fois opéré, les intéressés contractent ensemble et sont seuls obligés les uns envers les autres, les courtiers disparaissent (1) ». L'agent de change est au contraire chargé de consommer l'opération. Différences importantes à établir au point de vue de la responsabilité qui doit découler d'obligations si diverses.

Le notaire, simple agent de rapprochement, est un véritable courtier ; il n'a pas entendu s'engager à répondre de l'opération que les parties mises en présence par lui pourront conclure.

Mais, dira-t-on, lorsqu'il joue le rôle d'intermédiaire, il n'est pas un courtier comme les autres : sa fonction, son rôle d'homme d'affaires donne plus de poids à l'indication qu'il donne d'un prêteur ou d'un emprunteur, de telle sorte qu'on peut dire qu'à côté de tout courtage il y a un conseil concernant le placement lui-même. Nous n'en disconvenons pas ; mais nous croyons que la responsabilité encourue de ce chef par le notaire n'en est pas modifiée. Comme nous l'a-

(1) Lyon-Caen et Renault, *Tr. de Dr. commercial*, IV, n° 1001.

vons établi, qui dit conseiller ne dit pas assurer, garantir, et la responsabité pour conseil donné n'apparaît qu'autant qu'il y a dol ou mauvaise foi.

Or, c'est là aussi le degré de responsabilité que fait encourir le courtage « jamais tant que la mauvaise foi n'est pas prouvée, il (le courtier de commerce) ne peut répondre ni de la valeur des objets compris dans le contrat qui se forme par son intermédiaire, ni de la solvabilité des parties, ni des suites de l'engagement (1) ».

Or, la responsabilité du notaire doit être celle qui atteindrait tout courtier : en décider autrement serait établir une différence que rien ne justifie, alors qu'au contraire la loi les a rapprochés quant à l'interdiction de se porter caution des engagements qui s'opèrent par leur intermédiaire (2).

Malheureusement, la jurisprudence a souvent refusé de restreindre ainsi la responsabilité du notaire : elle a vu dans le fait de proposer un prêteur à un emprunteur et un emprunteur au prêteur, un double mandat, ou si l'officier public a pris l'initiative du rapprochement, une double gestion d'affaires. Très bien, si elle n'y voyait qu'un mandat ou qu'une gestion d'affaires à l'effet de rapprocher les parties, mais elle veut l'étendre au placement lui-même, à sa conclusion et à sa négociation ; or, on n'a pas toujours le droit, nous le verrons, d'induire un mandat aussi

(1) Dalloz, *Rép.*, V. *Bourses de commerce*, n° 521.

(2) V. art. 12 de l'Ordonnance du 4 janvier 1843 pour les notaires et art. 86 du Code de commerce pour les courtiers.

général ou surtout une gestion d'affaires aussi étendue d'un fait connu aussi simple et complet par lui-même : le raprochement des futurs contractants.

On devrait donc décharger de toute responsabilité le notaire qui, de bonne foi, s'est contenté de proposer un placement qui a eu plus tard des conséquences fâcheuses. Néanmoins, certains arrêts l'ont déclaré tenu des suites de ce placement et garant de sa solidité (1). C'est obliger le notaire à tout vérifier, solvabilité, moralité, etc... On cite même des cas où on l'a rendu responsable des suites de l'engagement sans qu'il y eût même de sa part négligence ou omission (2). On le comprendrait encore s'il y avait eu dans la proposition de rapprochement des promesses formelles au nom de l'une des parties, ou si le notaire avait fixé les conditions du placement au nom du prêteur ; mais en dehors de cela, on doit reconnaître que le notaire a pu ne vouloir être qu'un intermédiaire, mettant les parties en présence, les laissant s'entendre toutes seules, et rédigeant l'accord intervenu en dehors de lui.

« Attendu, dit fort justement un jugement du tribunal de Gaillac (3), que... pour que la responsa-

(1) Douai, 28 janvier 1846, D., *Rép.*, V. *Resp.*, n° 355. — Grenoble, 2 avril 1895, D., 96, 2, 66. — Grenoble, 9 juillet 1896, D., 96, 2, 375. — Trib. Briey, 24 février 1899, D., 99, 3, 612.

(2) Agen, 23 décembre 1889, D., 90, 2, 202. — Trib. Clermont (Oise), 20 novembre 1889, *Pand. fr.*, 90, II, 175. — Gand, 19 fév. 1887, *Pand. fr.*, 88, V, 34.

(3) *Circulaire du Comité des notaires des départements*, n° 224, XI, p. 625. — Gaillac, 28 novembre 1893.

bilité du notaire puisse être engagée en vertu d'une *negotiorum gestio* ou d'un mandat, il ne suffit pas que le demandeur prouve que le notaire lui a proposé le prêt, il faut encore qu'il établisse que le prêt a été exclusivement débattu et négocié par le notaire en dehors du prêteur qui ne connaissait pas l'emprunteur et n'avait jamais été mis en relation avec lui. » Nous voulons citer aussi un arrêt tout récent de la Cour de Cassation (1). Il reconnait également « que le notaire intermédiaire des parties dans un prêt, ne devient par cela seul, ni leur mandataire, ni leur gérant d'affaires ; son rôle étant uniquement de mettre en rapport le prêteur et l'emprunteur ».

Nous espérons que cette manière de voir, si conforme aux principes et à la réalité des faits, sera adoptée par tous les tribunaux et qu'ainsi bien des désastres immérités seront épargnés au notariat. Néammoins, comme il pourrait être parfois difficile au notaire d'établir que son rôle n'a été que celui d'un courtier, il agira sagement en faisant résulter d'une correspondance ou d'un autre témoignage, la preuve de l'examen du gage et de son acceptation par le prêteur (2).

(1) Cass., Req., 17 juin 1899, D., 1900, 1, 458. — V. dans le même sens : Rouen, 29 déc. 1896, *J. du not.*, 1897, p. 502.

(2) *Circulaire du Comité des notaires des départements*, IX, années 1888-90. — V. cass., 20 octobre 1891, D., 93, 1, 170, S., 92, 1, 585 et Rennes, 21 février 1893, S., 95, 2, 103.

CHAPITRE III

Du Notaire mandataire.

Nous avons dit dans la première partie de cette étude que le notaire n'était pas, quoi qu'on en eût dit, le mandataire légal des parties pour les opérations que celles-ci lui demandaient d'authentiquer. Mais les clients peuvent confier au notaire, en dehors de ses attributions professionnelles, une mission plus étendue qui sera déterminée par le contrat intervenu entre eux et l'officier public. Le mandat concernant un placement hypothécaire s'expliquera par cette idée que le client ne pourra pas ou ne voudra pas s'en occuper lui-même; ce sera par exemple un prêteur qui, quoique connaissant l'emprunteur ou peut-être parce que le connaissant, préfèrera ne pas traiter directement avec lui ; ce sera aussi un emprunteur qui, ne voulant pas ébruiter ses embarras d'argent, aimera mieux n'avoir de rapports qu'avec son notaire.

Ce mandat conventionnel n'a rien d'incompatible avec les fonctions notariales et la jurisprudence pas plus que la doctrine n'a songé à mettre en doute sa validité. L'article 7 de la loi de l'an XI, qui indique les fonctions incompatibles avec la profession nota-

riale, ne s'applique pas à celles volontairement assumées comme mandataire (1). Ce n'est pas non plus au nom du principe renfermé dans l'article 8 de la loi organique que l'on défendrait au notaire d'accepter un mandat, car en opérant un placement de capitaux pour un prêteur, qui l'en a chargé, le notaire agit sans doute comme simple particulier; mais il n'agit pas comme partie intéressée, l'opération ne lui est pas personnelle, c'est toujours au nom du propriétaire des fonds qu'il agit et doit agir (2) Mais il faut tenir compte aussi de cette idee que le notaire qui rédige un placement ne saurait représenter le prêteur absent : cela tomberait sous le coup de l'article 8 de la loi de l'an XI : agissant comme officier public, le notaire ne saurait intervenir à l'acte, même comme simple mandataire. Que faudra-t-il en conclure? C'est que le mandat qui a pu être rempli régulièrement par le notaire relativement à la négociation du placement et pourra reparaître après, devra cesser lors de la rédaction de l'acte. Le mandat conféré au notaire est donc en quelque sorte modifié par la situation même de l'officier public et c'est en ce sens que l'on a dit : « Il serait aussi mal fondé que ridicule de prétendre que, chargé par une personne de lui procurer un placement, le notaire est devenu le mandataire de cette personne; autrement, il faudrait ad-

(1) V. P. Pont, *De la Responsab. notariale, Rev. du not.*, n° 254, II, p. 401.

(2) En ce sens : Riom, 23 nov. 1840, rapporté dans Avignon, p. 77. — V. aussi Bauby, p. 286.

mettre que le notaire chargé de procurer un placement ne pourrait faire les actes nécessaires pour le constater. »

Au moment de la rédaction, le notaire devra donc faire intervenir le client ou un nouveau mandataire. A ce propos, il est intéressant de se demander si un clerc de l'étude pourra être ce mandataire ; ne sera-t-il pas présumé n'être que le prête-nom du notaire, ce qui rendrait l'acte nul aux termes de l'article 8 de la loi de l'an XI, et ce qui est aussi défendu par l'article 12, 7° de l'ordonnance de 1843 ?

On peut répondre que le clerc n'est pas de droit, présumé personne interposée par rapport au notaire rédacteur et la meilleure preuve qu'on en puisse donner est que rien ne s'oppose à ce que le notaire instrumente pour un de ses clercs : l'article 8 qui édicte des incapacités n'est pas susceptible d'interprétation extensive ; les liens qui peuvent exister entre eux et leur patron n'ont pas été considérés par le législateur comme une cause suffisante de prohibition (1). D'ailleurs, pour qu'on pût vraiment dire qu'il y a interposition de personne, que le clerc n'est que le prête-nom du notaire rédacteur, il faudrait que le notaire fût intéressé personnellement au prêt, qu'il fût lui-même le prêteur, or ici le clerc ne remplacerait le notaire que dans son rôle de mandataire, c'est-à-dire d'agissant pour un autre.

(1) Lyon, 11 février 1851, D., 52, 2, 136. — Douai, 17 août 1871, S., 72, 2, 264, D., 72, 2, 74. — V. aussi : Rolland de Villargues, *Rép.*, V. *Notaire*, n° 458. — Rutgeerts et Amiaud, p. 277, n° 285.

Cette participation d'un clerc à l'acte est donc possible et la circulaire du garde des sceaux, en date du 1er mars 1890 ne laisse plus de doute à cet égard ; mais elle exige que « si l'acceptation est faite par un clerc de l'étude. ce dernier ait bien reçu un mandat écrit du créancier ».

De qui le notaire sera-t-il en général le mandataire? Il est certain que le notaire peut être le mandataire de l'emprunteur aussi bien que celui du prêteur, ce n'est donc qu'une question de fait; mais elle est intéressante au point de vue de la responsabilité qui naîtra suivant le cas. Si le notaire tient son mandat de l'emprunteur, le créancier n'aura rien à lui reprocher puisque sa personnalité disparait derrière celle de son mandat, à moins toutefois qu'il n'ait agi lui-même de mauvaise foi; vis-à-vis de l'emprunteur, le notaire ne sera guère exposé à un recours, à moins qu'il n'ait dépassé les termes de son mandat : accordé plus de garanties ou contracté de plus lourdes charges.

C'est en effet ce qu'a exposé M. Stévenart notaire belge, qui a essayé de dégager le mandataire de toute responsabilité, en établissant sa théorie sur cette base que presque toujours le notaire tient son mandat de l'emprunteur : « Il intervient, dit-il, entre le futur prêteur présent et le notaire mandataire du futur emprunteur absent, un contrat innommé, qui est au prêt ce que les accordailles sont au mariage. Ce contrat innommé aura pour objet de porter, de commun accord, un jugement sur l'opération projetée et de décider éventuellement que cette opéra-

tion est acceptable et opportune pour les deux intéressés conformément aux conditions de taux, de terme et de garantie, proposées de part et d'autre. » Assurément il se peut que le notaire tienne son mandat de l'emprunteur seul ; mais dans la réalité, le notaire aura presque toujours reçu mandat du prêteur de lui procurer un placement et sa responsabillté sera autrement lourde que celle dont parle M. Stévenart. Aussi allons-nous supposer dans la suite de ces explications que le notaire a été le mandataire du prêteur.

§ Ier. — Formes et étendue du mandat.

Il n'y a vraiment mandat que lorsque la mission donnée par le mandant a été acceptée par le mandataire ; jusqu'à l'acceptation, il n'y a qu'une procuration. Et cette acceptation peut être donnée d'une façon expresse ou tacite, ce point n'offre aucune difficulté, l'article 1985, Code civil, ayant pris soin de le dire en termes formels dans son second alinéa.

La question n'est plus aussi simple lorsqu'il s'agit de la procuration, de la dation du mandat. Une volonté expressément manifestée par le mandant, ne laissera aucun doute, et par là il faut entendre la volonté qui s'extériorise par l'écrit, par la parole et même par l'action. On a contesté à tort que l'action puisse être un mode de manifestation expresse ; n'est-elle pas autant que l'écrit, autant que la parole une façon formelle, précise, d'exprimer la volonté ?

A défaut d'une pareille manifestation de volonté, pourra-t-on dire que le mandat a été donné tacite-

ment ? Avant de résoudre cette question, il est nécessaire de préciser la nature du mandat tacite ; nature délicate et imprécise puisque de bons auteurs l'ont confondu tantôt avec le mandat légal (1), tantôt avec le mandat exprès (2).

Le mandat tacite est celui qui se forme sans que la volonté du mandant apparaisse d'une manière extérieure bien qu'elle soit certaine. Ce qui le caractérise « c'est, dit M. Labbé (3), que les volontés n'ont été exprimées ni par des écrits, ni par des paroles, ni par aucun mode de manifestation de la pensée humaine ; les volontés qui le constituent sont restées internes ». « S'il n'est possible, dit à son tour M. Huc, d'en établir l'existence que par des faits d'exécution, si en d'autres termes on ne peut admettre l'existence du mandat que par induction, on dira qu'il y a mandat tacite. » Les volontés qui constituent le mandat tacite ne se manifestent donc pas, mais elles s'induisent de faits, de circonstances qui les supposent sans être une manière de les exprimer.

Lorsque, un notaire opère un placement pour un client, si ce dernier en a connaissance et ne dit rien,

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl lorsqu'ils ont dit dans leur *Traité théorique et pratique de droit civil*, XXI, p. 250 : « Le mandat tacite n'est pas un contrat puisqu'il présume essentiellement une convention qui n'existe pas et que la loi suppose. »

(2) Guillouard, n° 46 et Fuzier-Herman, dans les exemples qu'ils donnent du mandat tacite et qui montrent la volonté du mandant, manifesté par un acte, ne laissant aucun doute sur l'intention de celui-ci.

(3) Note sous Cass., 29 décembre 1875, S., 76, 1, 401.

le notaire aura-t-il été le mandataire tacite du client ? En un mot, le silence d'une personne qui sait qu'un tiers gère ses affaires, suffit-il pour créer un mandat tacite ?

Troplong s'appuie pour soutenir l'affirmative sur les lois romaines et sur notre ancien droit ; mais on lui a répondu avec raison (1) que l'article 1372, Code civil, a modifié notre ancien droit en décidant qu'il y a gestion d'affaires lorsqu'on gère volontairement l'affaire d'autrui « soit que le propriétaire connaisse la gestion soit qu'il l'ignore ». Et l'on objecterait en vain que cela suppose le cas où le maître connaît la gestion après qu'elle a été commencée ; aucune distinction de ce genre n'ayant été faite par le texte. D'ailleurs le silence ne saurait suffire à transformer la gestion en mandat, car, pour qu'il y ait contrat, il ne suffit pas que les deux parties consentent à l'insu l'une de l'autre, il faut un échange de volontés, un accord sur la nature juridique de l'acte qui intervient entre elles. Or, le notaire faisant le placement, n'a pas demandé à être mandataire et le silence du client ne prouve pas qu'il ait consenti à donner un mandat; ce dernier a pu vouloir laisser agir le notaire comme gérant d'affaires, comptant n'être tenu lui-même que dans la mesure des obligations qui naissent d'une gestion d'affaires.

Nous savons ce qu'est le mandat tacite et nous voyons qu'il ne se confond pas avec la gestion d'affaires connue du maître de l'affaire : il faut exami-

(1) Guillouard, p. 376. — Aubry et Rau, IV, § 411.

ner si le mandat tacite a sa place dans notre droit. La doctrine et la jurisprudence l'admettent d'une façon à peu près unanime. On a pu cependant avoir quelques doutes à raison des termes de l'article 1985 : « Le mandat peut être donné ou par acte public ou par écrit sous-seing privé, même par lettre. Il peut aussi être donné verbalement ; mais la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au titre des contrats ou des obligations conventionnelles en général. » Et Tarrible, dans son rapport au Tribunat (1), s'exprimait de même. Ne semble-t-il pas, disait-on, que le législateur a voulu une volonté exprimée au moins verbalement ; cela n'est-il pas confirmé par la suite de l'article 1985 qui, pour l'acceptation, a soin de dire qu'elle peut avoir lieu même tacitement. Mais ces objections ne suffisent pas à faire rejeter le mandat tacite, car le mot verbalement employé par l'article 1985 fait antithèse à l'expression « par écrit » et signifie qu'on peut donner mandat « sans écrit » (2), ce qui comprend par signe et même par une volonté non exprimée pourvu qu'on l'établisse. D'ailleurs, on ne peut argumenter par *a contrario* de l'article 1985, alinéa 1, combiné avec l'alinéa 2, parce que cet argument tendrait à établir une exception aux principes généraux concernant la manifestation du consentement. Dans tout contrat consensuel, les volontés doi-

(1) Séance du 16 ventôse an XII.

(2) Cela résulte de la modification que subit, sur les observations du Tribunat, le texte primitif de l'article 1985 qui n'admettait au début que le mandat par écrit ; en décidant qu'il pourrait être donné verbalement on n'avait qu'un but, le ramener au droit commun.

vent pouvoir se produire librement; du moment que les volontés se rencontrent, le contrat est parfait, point n'est besoin de paroles sacramentelles ni de rites solennels.

Si nous nous sommes un peu arrêté à la question du mandat tacite, c'est qu'il était nécessaire de la bien poser à raison de l'emploi qu'en fait la jurisprudence en matière de responsabilité notariale, et de la confusion qui tend à s'établir trop souvent, nous le verrons, entre ce mandat et la gestion d'affaires.

Il est fort utile aussi de délimiter la portée, l'étendue du mandat que le notaire a accepté de son client : de là dépendront ses obligations et par suite sa responsabilité. En vertu du principe de la liberté des conventions contenu dans l'article 1134, C. civ., les parties ont pu assigner au mandat telle étendue qu'elles ont voulu et c'est au juge qu'il appartiendra de rétablir la volonté première des parties : il l'induira des termes du mandat, s'il est exprès, des circonstances, s'il est tacite.

A propos du notaire-courtier, nous avons dit que le notaire avait pu assumer le simple mandat de rapprocher les parties, et cela fait, il s'était retiré.

Son mandat a pu aussi comprendre l'obligation de prendre tels ou tels renseignements la partie entendant faire le reste elle-même. Parfois aussi on verra le notaire chargé de toutes les opérations précédant la rédaction, mais de celles-là seulement; l'acte signé, le notaire n'aura plus à s'occuper de rien.

Il faut enfin prévoir le cas où le mandat s'étend à toute la suite de l'opération jusqu'au rembourse-

ment et comprend toute la série des actes intermédiaires, notamment le renouvellement des inscriptions hypothécaires. Ce mandat général existera, par exemple, lorsque les clients auront remis leurs fonds à un notaire « pour en faire le placement ainsi qu'il aviserait bien, se rapportant à sa foi et lui donnant tout pouvoir d'agir sans leur concours, comme dans sa propre affaire ».

Mais on ne devra admettre l'existence d'un mandat aussi étendu que lorsqu'il sera bien établi, car il est susceptible d'entraîner pour le notaire de très lourdes charges. Dans le doute, on doit, d'aillleurs, présumer l'obligation la moins étendue; si donc il avait été dit seulement que le notaire serait tenu de s'occuper du placement, il ne faudrait l'entendre que de la négociation de cette opération et ne pas l'obliger à la surveiller jusqu'au remboursement (1).

§ II. — Différences entre le mandat et la gestion d'affaires.

Nous ne voulons pas rechercher ici toutes les différences qui existent entre le mandat et la gestion d'affaires; nous nous bornerons à celles qui sont susceptibles d'influer sur la responsabilité encourue par le notaire, suivant le rôle qu'il a joué dans un placement hypothécaire.

Il est important de bien séparer la gestion d'affaires

(1) En ce sens : Avignon, p. 99. — Bauby, p. 313, note 2.

du mandat à deux points de vue : quant aux obligations qui en résultent et quant aux moyens propres à l'établir. Cette double différence dérive de la nature même de chacune de ces opérations : le mandat étant un contrat, supposant, dès lors, la rencontre de deux volontés, celle du client chargeant le notaire de faire pour lui un placement hypothécaire, celle de ce dernier acceptant la mission qui lui est confiée. La gestion d'affaires, au contraire, est un quasi-contrat : la participation du client est totalement exclue, le notaire gérant agit spontanément, il se charge du placement hypothécaire alors que peut-être le futur prêteur, après réflexion, ne se serait pas adressé à lui pour réaliser cette opération.

Il est, dès lors, tout naturel que, dans ce cas, sa responsabilité soit plus sévèrement appréciée que lorsqu'il a agi en vertu du mandat. Aussi, bien qu'aux termes des articles 1372 et 1374 les obligations du gérant soient les mêmes que celles du mandataire, le juge fera une différence entre eux. Cette différence est, d'ailleurs, bien entrée dans l'esprit du législateur, lorsqu'il a décidé que le gérant ne serait remboursé que des dépenses nécessaires ou utiles qu'il a pu faire dans sa gestion (art. 1375), au lieu que comme mandataire, il pourrait réclamer même les dépenses qui n'auraient pas profité au mandant (art. 1999) (1).

La ligne de séparation entre le mandat et la gestion d'affaires est beaucoup plus marquée au point de vue

(1) V. aussi la différence qui résulte du rapprochement des articles 1373 et 1991 du C. civ.

de la preuve. Le mandat, en effet, comme tout contrat, ne pourra s'établir que d'après les règles du droit commun, c'est-à-dire qu'au-dessus de 150 francs on ne saurait admettre, sans un commencement de preuve par écrit, la preuve par témoins ou par simples présomptions. Ces derniers modes de preuve seraient, au contraire, admissibles même en l'absence de tout écrit, pour établir l'existence d'une gestion d'affaires; le client ne pouvant, le plus souvent, se réserver une preuve écrite d'un fait personnel au notaire, d'une démarche qu'il a faite sans en être aucunement chargé.

On voit toute l'importance d'une pareille différence : le client pour faire prononcer la responsabilité du notaire intervenu dans un placement hypothécaire, invoquera bien plutôt une gestion d'affaires qu'un mandat, puisqu'il lui sera plus aisé de l'établir. Le juge devra se montrer clairvoyant afin d'éviter cette transformation du mandat en gestion et sauvegarder ainsi les intérêts du notaire.

§ III. — De la preuve du mandat.

Nous venons de dire que le mandat obéissait aux règles ordinaires de preuve concernant les contrats ou obligations conventionnelles en général. Le mandat ne doit donc pas se supposer, la preuve en incombe à celui qui l'invoque et il devra la faire conformément aux articles 1341, 1347 et 1353. Quand

l'intérêt en jeu dépasse 150 francs, et qu'il n'y a pas de commencement de preuve par écrit, on ne saurait établir le mandat que par l'aveu ou le serment, à moins toutefois que le notaire n'ait commis un dol ou une fraude, auquel cas toutes les preuves seraient admises de plein droit.

Les règles restrictives de la liberté de la preuve seront nécessaires pour protéger le notaire comme tout autre mandataire, plus nécessaires encore à raison de la tendance de beaucoup de clients à rendre toujours quelqu'un responsable du malheur qui leur arrive. Comme l'observe fort justement M. P. Pont (1) : « Supposez qu'il suffise pour établir le mandat d'en alléguer l'existence et voyez de quel danger le notaire est menacé. L'habitant de la campagne calcule avant tout, et s'il est engagé dans une affaire qui a mal tourné pour lui, il tentera de tirer parti de ces relations toutes de confiance entre lui et le notaire à côté duquel il vit, et il ne lui en coûtera pas, en vue d'éviter un préjudice, d'opposer ces relations mêmes, de s'en autoriser pour alléguer le mandat et faire sortir une responsabilité à la faveur de laquelle il parviendra à s'exonérer.. .. L'obligation pour le client de prouver sera donc la sauvegarde du notaire. En droit, le notaire est fondé à y prétendre ; en fait, les conditions mêmes de sa position exigent que cette garantie lui soit donnée. »

Les principes relatifs à la preuve qui doivent s'appliquer aux rapports du client mandant et du notaire

(1) *Rev. du not.*, n° 387.

mandataire sont-ils également applicables aux rapports du notaire et des tiers? Cette difficulté s'est présentée dans la pratique, notamment dans le cas où le débiteur, tiers par rapport au mandat, avait payé sa dette entre les mains d'un notaire, qui en avait dissipé le montant et était tombé en déconfiture. Si le débiteur prouvait le mandat du notaire à l'effet de toucher la somme, il se trouvait libéré ; au cas contraire, il devait payer une seconde fois. Le tribunal (1) déclara que la preuve du mandat donné par le créancier au notaire résultait des circonstances de la cause ; c'était dire qu'un tiers pouvait faire la preuve du mandat sans être obligé de se soumettre aux exigences concernant les rapports du mandant et du mandataire.

Cette solution appuyée par Troplong (2) ne nous paraît pas conforme aux principes juridiques. Les règles sur la preuve sont en effet générales, les textes absolus : ils n'établissent aucune dérogation en faveur des tiers. On dit bien que l'article 1348 C. C. apporte une exception au principe posé par l'article 1341 C. Civ. au cas où « il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui », ce qui, dit-on, serait *a fortiori* applicable aux tiers ; mais dans l'espèce, les tiers ne peuvent pas se prévaloir de cette exception puisque, comme le dit Laurent (3),

(1) Trib. Versailles, 28 février 1889, *Pand. fr.*, 90, 2, 61.
(2) Du *Mandat*, p. 55.
(3) Laurent, XXVII, p. 500.

il dépend d'eux d'exiger que le mandataire leur fournisse la preuve littérale du mandat.

Troplong a répondu que les mandats oraux étant très fréquents, ce serait nuire au mouvement des affaires que de forcer les tiers à exiger du notaire la représentation d'un mandat écrit. En fait, cela pourra être vrai, mais a-t-on bien le droit de porter atteinte aux principes, pour favoriser le mouvement des affaires? Quant à prétendre que c'est bien en vain que l'on interdirait aux tiers l'emploi de la preuve testimoniale pour établir le mandat, puisqu'ils peuvent toujours faire la preuve orale d'une simple gestion d'affaires, c'est croire qu'il dépend entièrement des parties de transformer le mandat en gestion d'affaires. Malheureusement, la jurisprudence encourage cette confusion par sa tendance à voir dans tout notaire un *negotiorum gestor*. Aussi en fait, les tiers emploient-ils les modes de preuve si larges de la gestion d'affaires.

Avant d'étudier en détail certains modes de preuve particulièrement intéressants en matière de responsabilité notariale pour prêts hypothécaires, il y a lieu de se demander si le mandat tacite obéit aux règles de preuve du mandat exprès.

Le mandat tacite est, avons-nous dit, celui dans lequel les volontés sont restées internes ; ces volontés s'induisent des faits, des circonstances, qui les supposent sans être une manière de les exprimer. Voyons donc comment se dégagera ce contrat tacite. Pour arriver à en démontrer l'existence, il convient d'établir d'abord les circonstances, les faits dont on

prétendra le faire résulter et, ensuite ces faits acquis, montrer qu'ils contiennent un mandat tacite. Il y a donc là une sorte de double étape sur laquelle des discussions et des confusions se sont présentées.

Et, tout d'abord, de quelle manière doit-on prouver l'existence des faits dont on induira le mandat ? On avait soutenu que la preuve « dépendait, avant tout, de la nature des faits à établir et non des conséquences plus ou moins directes qui pouvaient en découler », il faudrait donc admettre la preuve testimoniale sans même qu'il y eût des preuves par écrit ; car, dit-on, comment établir ces faits autrement ? Ce raisonnement oublie que malgré tout, il s'agit de faits juridiques, de faits qui auront pour conséquence d'entraîner des obligations puisque l'on prétendra en induire un mandat ; c'est donc bien le mandat tacite lui-même qu'indirectement on établirait par un mode de preuve que la loi n'admet pas, au moins d'une façon générale. La Cour de cassation le voyait bien ainsi lorsqu'elle disait, le 29 décembre 1875 (1), dans un arrêt qui a fait époque : « La Cour..., vu les articles 1985 et 1341 Code civil, attendu que, d'après la combinaison de ces articles, la preuve du mandat civil ne peut être faite par témoins ou à l'aide de présomptions qu'autant qu'il s'agit, entre les parties, d'une somme n'excédant pas 150 francs ou qu'il existe un commencement de preuve littérale, sauf, d'ailleurs, l'effet ordinaire de l'aveu judiciaire ou du serment, attendu qu'aucune exception à cette

(1) D., 76, 1, 150. — V. Aubry et Rau, I, § 39, note 8, p. 127.

règle n'est admise par la loi en faveur du mandat tacite ; que les faits dont on prétend déduire l'existence d'un mandat tacitement conféré doivent donc être *légalement établis* devant le juge avant que celui-ci apprécie les conséquences qu'il convient d'en tirer. »

Les faits établis, le juge n'a pas un pouvoir souverain pour en induire le mandat, il ne l'aurait que si le fait invoqué est de nature, s'il est probant, à constituer une preuve autorisée. Or, quels sont les faits (ce mot est pris dans un sens très large), qui constituent une preuve autorisée du mandat? Le juge aura un pouvoir souverain pour décider si des écrits émanés du notaire établissent le mandat; mais les inductions tirées d'autres faits, notamment des débats, de certaines pièces du procès, ne peuvent servir à former la conviction du juge, à moins qu'il n'y ait un commencement de preuve par écrit. Cela se conçoit : tirer d'un fait, d'une circonstance de la cause, la preuve d'un mandat tacite, serait bien employer une présomption, or nous sommes en présence d'un véritable contrat.

Certains arrêts et quelques auteurs (1) ont cru que dans le contrat de mandat tacite la preuve essentielle à faire était celle des faits dont on voulait l'induire, et ils ont ramené la question à une question de fait ; par suite ils ont conclu que les juges du fait avaient

(1) Eloy, n° 827. — Req., 15 décembre 1874, D., 75, 1, 453. — Montpellier, 30 juin 1890, D., 91, 2, 181. — Cass., Req., 18 janvier 1892, D., 92, 1, 454. — Bordeaux, 7 mai 1894, D., 95, 2, 492.

un pouvoir souverain d'appréciation et pouvaient puiser leur conviction dans toute espèce de documents, sans que la Cour de cassation puisse intervenir. Et la Cour suprême elle-même (1) avait admis parfois cette manière de voir; c'est ainsi qu'elle n'avait pas cassé des arrêts qui se contentaient de dire que des documents du procès résultait la preuve de l'existence d'un mandat tacite, sans dire sur quelle pièce s'était basé le juge pour le décider ainsi. Mais la Chambre civile, dans un arrêt du 29 décembre 1875 que nous venons de citer, s'oppose avec raison à cette théorie et ramène la question à ce qu'elle est en réalité : une question de droit pur (2) rentrant dans son domaine. La Cour, sans remettre en question les faits constatés, pourvu qu'ils le soient légalement, avons-nous dit, a le pouvoir d'examiner si les conséquences qu'on en a tiré pour établir le mandat pouvaient l'être, étant donné la nature de ces faits.

Nous conclurons en disant que le mandat tacite est soumis aux règles ordinaires de la preuve, car, d'abord, il n'est pas permis d'employer indistinctement tous les modes de preuve pour établir les faits, et qu'ensuite ces faits constatés, on ne peut en induire un mandat que s'ils constituent un mode de preuve autorisé par la loi (3). Quant à la souveraineté d'ap-

(1) Cass., Req., 25 janvier 1887, D , 87, 1, 475.

(2) Arnault, p. 77. — Cass., 29 déc. 1875, D., 76, 1, 149.

(3) Cass., 30 juin 1252, S., 52, 1, 560. — Cass., 7 déc. 1868, S., 69, 1, 160. — Cass., 20 août 1875, D., 76, 1, 260. — Cass., 23 avril 1877, S., 78, 1, 399. — Cass., 7 nov. 1899, *J. des not. et des avocats*, 1900, n° 27001.

préciation des juges du fond, on ne peut la faire intervenir que lorsqu'il s'agit de décider si les faits qui constituent une preuve autorisée rendent vraisemblable l'idée de mandat.

Il ne suffit pas de prouver qu'un mandat a été donné au notaire relativement à un placement, il faut encore prouver que celui-ci l'a accepté. Or, nous avons dit incidemment en parlant du mandat tacite, que la loi semblait vouloir se montrer beaucoup plus facile pour faire la preuve de l'acceptation ; l'article 1985 , al. 2 du Code civil, s'exprime en effet, en ces termes : « l'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire. » On en conclut généralement que l'acceptation du mandat ne sera pas soumise au droit commun de la preuve contractuelle. Un auteur (1), a cependant prétendu que ce qui pouvait être tacite c'était seulement le consentement constituant l'acceptation, mais que le législateur dans l'article 1985 n'aurait pas du tout voulu dire comment se prouvait l'acceptation tacite du mandat : la preuve resterait donc celle du droit commun pour les contrats, car « l'acceptation tacite d'un mandat est un fait juridique, accepter un mandat, c'est manisfester la volonté d'être mandataire c'est-à-dire de former un contrat». Au point de vue des principes, ce raisonnement serait soutenable, mais n'oublie-t-il pas que l'article 1985 al. 2, a précisément apporté une dérogation aux principes ; car faire résulter l'acceptation de l'exécution,

(1) Laurent, XXVII, p. 506.

n'est-ce pas autoriser l'emploi des présomptions (1) et donner aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire ?

Ce sont donc des faits d'exécution que les tribunaux auront à apprécier, mais ils ne devront pas oublier, que quoique facilitée, la preuve n'en doit pas moins être solidement établie et il faudra suivant le conseil de M. P. Pont (2), « après avoir reconnu et déterminé l'objet même du mandat produit et allégué, n'admettre comme faisant preuve de l'acceptation par le mandataire que des faits absoluments corrélatifs, si bien qu'on ne les puisse comprendre, et qu'ils n'aient de raison d'être que comme exécution du mandat ». Il importe de ne pas se montrer trop coulant sur la preuve de l'acceptation, car de cette preuve seule, pourra découler indirectement la preuve de la dation du mandat; comprendrait-on en effet que l'acceptation fût établie sans que la dation le fût aussi?

Nous devons maintenant examiner la question, si importante en notre matière, des présomptions destinées à établir le mandat. Nous avons dit, en parlant du droit commun de la preuve, que pour qu'elles fussent admissibles, il fallait un commencement de preuve par écrit qui rendît vraisemblable le mandat allégué. Ce commencement de preuve par écrit, en quoi pourra-t-il consister ?

Aux termes de l'article 1347, Code civil, il faut entendre par là : tout acte émané de celui contre lequel la demande est formée. Il est à peine besoin de

(1) Cass., 8 juillet 1895, S., 97, 1, 133, D., 96, 1, 85.

(2) *Rev. du not.*, nos 387 et 462.

dire que l'on ne saurait invoquer comme tel l'acte authentique lui-même constatant le placement hypothécaire, car le notaire n'était pas libre de refuser son ministère. Mais la jurisprudence a vu un commencement de preuve par écrit : dans des lettres missives écrites par le notaire à son client (1) ou dans des télégrammes qu'il lui à adressés (2) ; dans certaines énonciations de l'acte constatant le placement, notamment dans les clauses obligeant l'emprunteur à payer entre les mains du notaire le coût des formalités hypothécaires (3), dans l'élection de domicile en l'étude du notaire (4). Lorsqu'on invoque ainsi des clauses contenues dans l'acte, n'oublie-t-on pas que l'acte émane du client et non du notaire ? Et suffit-il pour justifier cette manière de faire, de dire que si le notaire ne peut pas refuser son ministère, il peut au

(1) Cass., Req., 3 août 1847, D., 47, 1, 300. — Cass., Req., 20 novembre 1871, D., 72, 1, 181. — Cass., Req., 4 mai 1874, D., 74, 1, 489. — Toulouse, 22 mai 1876, D., 77, 2, 33. — *Rev. du not.*, 5179. — Paris, 19 avril 1893, *J. N.*, 25187. — *Contrà*, Cass., Req., 9 juillet 1890, S., 92, 1, 557, D., 91, 1, 381.

(2) Alger, 7 avril 1884, S., 86, 2, 92, D., 85, 2, 189. — Bastia, 26 décembre 1888, *Gaz. Pal.*, 89, 1, 185. *Pand. fr.*, 89, 2, 67.

(3) Douai, 25 août 1855, D., 57, 2, 42.

(4) Cass., Req., 12 mars 1844, D., 44, 2, 212. — Bordeaux, 11 juillet 1859, D., 60, 2, 78. — Metz, 23 février 1864, D., 64, 2, 220. — Cass., 28 février 1887, S., 90, 1, 325. — Bordeaux, 13 juin 1890, *J. du Not.*, 1891, p. 29. — *Contrà*, Lyon, 16 février 1860, D., 60, 2, 92. — Rennes, 21 novembre 1872, *J. N.*, 21037. — Trib. Valenciennes, 22 janvier 1873, *Rev. du not.*, n° 4841. — Montpellier, 1er juin 1891, S., 92, 2, 103.

moins s'opposer à ce qu'on insère dans l'acte les clauses qui indirectement le concernent ?

La jurisprudence a encore fait résulter le commencement de preuve par écrit des réponses ou aveux faits par le notaire poursuivi, dans un interrogatoire sur faits et articles régulièrement constaté (1) ou des réponses des parties lors de leur comparution personnelle, quand il est tenu procès-verbal de leurs dires (2).

Tout ce qu'on peut demander, c'est que les tribunaux n'admettent pas trop facilement l'existence d'un commencement de preuve par écrit, en se souvenant que les présomptions ne donnent jamais que des probabilités et que la preuve testimoniale offre bien des dangers (3).

Lorsque les présomptions sont admissibles, elles doivent, pour être probantes, être graves, précises et concordantes (art. 1353, C. Civ.). On conçoit, en effet, que le juge ne peut vraiment conclure d'un fait connu à un fait contesté et qu'il s'agit d'établir qu'autant qu'il y a entre ces faits des liens étroits, que l'un le fait connu, ne peut s'expliquer que par l'idée de mandat.

L'appréciation de la valeur des présomptions est laissée entièrement au juge, mais il est intéressant

(1) Cass., 8 mars 1852, S , 52, 1, 393. — Cass., Req., 14 juillet 1856, S., 58, 1, 144.

(2) Lyon, 22 novembre 1854, S , 55, 2, 44.

(3) C'est avec raison qu'un arrêt de cassation du 30 juin 1852, S., 52, 1, 500, n'a pas vu un commencement de preuve par écrit dans un bordereau écrit de la main du notaire.

de relever les faits ou circonstances d'où la jurisprudence a cru pouvoir faire résulter un mandat donné au notaire relativement à un placement hypothécaire.

Ces circonstances, nous croyons pouvoir les ranger en trois catégories : 1° certains agissements du notaire ; 2° certaines clauses contenues dans l'acte d'obligation ; 3° certaines situations de fait que nous indiquerons.

On a parfois conclu à mandat, de ce fait que le notaire s'était pendant la négociation du prêt rendu sur les lieux, afin de visiter les immeubles qui devaient faire l'objet de l'hypothèque (1). Sans doute, parfois, ce transport du notaire pourra indiquer de sa part un mandat assumé de faire un placement, mais il faut aussi se dire que cette démarche pourrait également s'expliquer par le désir du notaire-rédacteur de satisfaire un client ou par un zèle louable dans ses devoirs professionnels. D'ailleurs, y eût-il mandat, que ce mandat pourrait fort bien ne consister que dans la visite et l'appréciation de l'immeuble, sans que le prêteur ait eu l'intention de charger le notaire des autres opérations concernant le placement.

La jurisprudence a vu également une présomption de mandat dans ce fait que le notaire avait indiqué au prêteur un emprunteur et l'avait dit solvable (2).

(1) Orléans, 8 janvier 1870, S., 70, 2, 239.

(2) Rennes, 9 juillet 1834, S., 35, 2, 105. — Trib. Auxerre, 14 mars 1889, *Gaz. Pal.*, 89, 1, 829.

Nous avons déjà examiné cette hypothèse et nous avons cru que l'on pouvait seulement y voir un courtage et un conseil.

On serait, au contraire, fondé à voir la preuve d'un mandat dans la promesse faite par le notaire de prendre les mesures nécessaires pour assurer les droits du prêteur (1). La Cour de Cassation jugeait aussi le 3 décembre 1835 (2) qu'il suffisait que la remise d'une somme destinée à un prêt eût été faite au notaire au lieu de l'être à l'emprunteur, pour que cet officier public pût être considéré comme mandataire et que dès lors, il ne devait la remettre à l'emprunteur qu'autant que ce dernier aurait obtenu le dégrèvement des immeubles hypothéqués conformément à la condition du contrat.

Lorsque le notaire a rédigé le placement en l'absence du prêteur, il sera assez plausible de conclure à un mandat donné au notaire de négocier le placement (3); toutefois cela ne constituerait une présomption solide qu'autant qu'aucune autre explication meilleure ne pourrait être donnée de l'absence du prêteur (4), car nous savons que le prêteur peut

(1) Cass., 9 août 1836, *J. Pal*, I, 1837, p. 222. — Paris, 21 janvier 1845, *J. Pal.*, II, 1847, p. 701.

(2) Rapporté dans Eloy, nº 830.

(3) Caen, 9 avril 1839, S., 39, 2, 372. — Cass., 7 mars 1842, S., 42, 1, 207, D., 42, 1, 138. — Cass., 3 août 1847, D., 47, 1, 300. — Bordeaux, 12 février 1890, D., 91, 2, 47.

(4) Bordeaux, 23 juin 1875, S., 76, 1, 403. — Chambéry, 8 juillet 1891, *J. du not.*, 1891, p. 715. — Trib. Roanne, 7 janv. 1892, *J. du Not.*, 1892, p. 119.

donner son acceptation après coup et même tacitement.

De ce que le notaire a accompli des formalités hypothécaires, qui ne rentrent pas dans ses obligations professionnelles, peut-on induire l'idée de mandat? « La transcription d'un acte, un état d'inscription, répond M. Avignon (1), requis par le notaire ne sauraient prouver en principe contre lui ni un mandat ni une gestion d'affaires : ce sont des formalités consacrées par l'usage et qu'un notaire ne se dispense jamais de remplir ; en ce faisant, le notaire n'entend pas plus se constituer le mandataire de son client que lorsque, pour dresser un intitulé d'inventaire, il fait lever un acte de l'état civil. » On ne saurait donc en conclure un mandat donné pour le placement (2) tout au plus pourrait-on y trouver la preuve d'un mandat restreint concernant l'accomplissement de ces formalités (3) et encore ne pourrait-on pas toujours l'étendre au renouvellement des inscriptions. Cette extension serait permise si le notaire payé de ses déboursés avait gardé chez lui les pièces relatives à l'acte d'emprunt (4) notamment la grosse de l'acte d'obligation.

(1) Avignon, p. 88.

(2) Paris, 6 mai 1872, *Rev. not.*, 4181.

(3) V. cep. Riom, 7 avril 1853, *J. N.*, 15808. — Trib. Seine, 29 avril 1881, *J. N.*, 22587.

(4) Paris, 22 juin 1853, *J. N.*, 14998. — Paris, 13 juin 1854, *J. N.*, 15243. — Douai, 25 août 1855, D., 57, 2, 42. — Req., 19 mars 1856, D., 57, 1, 156. — Aix, 27 mai 1879, *J. N.*, 22264.— Cass., 18 janvier 1892, *Rev. du not.*, 8967. — Bourges, 28 décembre 1892, *Rev. du not.*, 8980.

Lorsque le notaire a fait, après le placement, certaines démarches dans l'intérêt de ses clients, notamment dans le but de prévenir ou tout au moins d'atténuer la perte de la créance, la jurisprudence a une tendance fâcheuse à y voir la preuve que le notaire était le mandataire du prêteur (1). Il se peut fort bien cependant qu'aucun lien de ce genre n'ait existé entre client et notaire ; ce dernier peut seulement vouloir remplir un devoir moral : celui de sauvegarder même en dehors de toute obligation professionnelle ou contractuelle la fortune de ses clients. Les agissements du notaire montrent qu'il veut détourner le danger qui menace le prêteur ; ils ne prouvent pas qu'il se croie coupable.

Ce serait avec plus de raison, qu'on s'appuierait pour établir un mandat sur ce que le notaire aurait perçu des honoraires supérieurs à ceux fixés par les règlements du notariat dans la ville où il exerce ses fonctions (2). Mais cette situation mériterait d'être examinée attentivement par le juge et en tout cas on ne saurait en faire résulter autre chose qu'un mandat à l'effet d'assurer la négociation et la conclusion

(1) Rouen, 2 mars 1855, S., 57, 2, 211. — Rouen, 18 mars 1868, S., 69, 2, 198. — Trib. Seine, 9 juin 1890, *J. N.*, 24534. — Trib. Figeac, 28 juillet 1892, *Gaz. Pal.*, 92, 2, 342. — En notre sens : Toulouse, 24 mars 1879, D., 79, 2, 244, S., 79, 2, 149.

(2) Cass., Req., 13 août 1874, D., 75, 1, 55. — Cass., Req., 2 août 1875, D., 76, 1, 260. — Paris, 29 novembre 1889, *J. N.*, 24435. — Trib. Besançon, 18 mars 1890, *La Loi*, 28 avril 1890. — Montpellier, 11 juillet 1892, *Moniteur judiciaire du Midi*, 21 août 1892.

du prêt : jamais on ne devrait y voir une prime destinée à rémunérer un cautionnement défendu au notaire par l'ordonnance du 4 janvier 1843. On cite même un arrêt de Lyon qui n'a pas cru pouvoir trouver la preuve même d'un simple mandat, dans un supplément d'honoraires perçu par l'officier ministériel (1).

Dans les cas qui précèdent, on a vu une présomption de mandat dans des agissements, dans des faits du notaire; mais la jurisprudence a parfois été même plus loin : elle s'est crû autorisée (2) à voir dans le silence du notaire, qui a reçu une procuration, l'acceptation tacite et dès lors la formation d'un véritable mandat. Mais on ne voit pas en vertu de quel principe on pourrait soutenir un pareil système; « qui ne dit mot consent » est un dicton qui n'a pas cours dans le langage juridique. Comment, en effet, par sa seule volonté, le client pourrait-il engager le notaire; si encore on se trouvait en matière professionnelle, on pourrait invoquer la situation de l'officier ministériel, la rédaction de l'acte comme une acceptation, mais en matière contractuelle, il faut une volonté certaine et du silence on ne peut la déduire. « Sans doute, dit M. Huc (3) au point de vue des relations sociales, il aura tort de laisser ainsi dans l'ignorance celui qui a voulu l'honorer d'un mandat; mais, en gardant

(1) Lyon, 4 mars 1876, D., sous Cass., 77, 1, 399, S., 2, 85.

(2) Cass., 18 février 1851, D., 51, 1, 299, S., 51, 1, 353. – Cass., 20 novembre 1888, S., 89, 1, 9.

(3) Huc, XII, p. 20.

cette attitude négative, il ne viole aucune obligation par lui contractée et parconséquent ne porte atteinte au droit de personne. »

Nous avons dit que certaines clauses de l'acte constatant le prêt hypothécaire pourraient fournir des présomptions pour établir l'existence d'un mandat. C'est ainsi qu'on a invoqué (1) en ce sens la clause portant que le paiement du capital et des intérêts aurait lieu dans l'étude du notaire. Mais pourquoi serait-ce une présomption certaine de mandat ? Ne faut-il pas avant tout rechercher le but qu'on a eu en édictant une pareille clause ? Qu'a-t-on voulu, sinon faciliter le paiement pour les parties ? Cela est d'autant plus probable que l'on reconnaît que cette clause ne permettrait pas au notaire de recevoir le capital et d'en donner quittance. Aussi la jurisprudence se décide-t-elle en général en notre sens (2). Et un arrêt de la Cour de Rouen, du 16 mai 1892 (3), décide « que c'est là une clause de style qui a pour

(1) Toulouse, 25 juillet 1855. Req., 22 avril 1856, D., 56, 1, 247. — Poitiers, 30 juin 1847, *J. du Pal.*, 47, II, p. 695. — Cass., Req., 4 mai 1874, D., 74, 1, 1, 489. — Paris, 11 déc. 1895, *Gaz. Pal.*, 96, 1, 174.

(2) Cass., 23 novembre 1830, D., 30, 1, 405. — Cass., 21 novembre 1836, D., 37, 1, 53. — Bordeaux, 12 juillet 1859, D., 60, 2, 78. — Lyon, 16 février 1860, D., 60, 2, 92. — Cass., 22 novembre 1876, D., 77, 1, 150. — Cass., 22 nov. 1876, *Rev. du not.*, 5322. — Trib. Orange, 14 mars 1876, *Rev. du not.*, 5154.

(3) *Circulaire du Comité des notaires des départements*, XI, p. 299.

but de maintenir la clientèle et qui est sans conséquence lorsqu'elle se trouve isolée ».

Lorsqu'il a été fait dans l'acte élection de domicile en l'étude du notaire, est-on fondé à y voir une présomption certaine de mandat? Comme dans le cas précédent, on ne saurait y voir une présomption de mandat concernant toutes les opérations du placement, le but ici aussi ayant été de faciliter le paiement, en évitant au débiteur d'aller porter les fonds chez un créancier dont le domicile est éloigné. Le désir d'assurer la compétence du tribunal du lieu où l'acte a été passé pourrait aussi expliquer cette clause.

Dans certains cas, l'élection de domicile, combinée avec d'autres circonstances, pourra servir à prouver l'existence du mandat donné au notaire pour remplir certaines formalités complémentaires : par exemple pour signifier un transport de créance (1) lorsque la garantie hypothécaire a été consentie par voie de transport, ou pour prendre (2) ou renouveler (3) une inscription d'hypothèque.

Lorsque la clause d'élection de domicile ne peut prêter à une pareille interprétation, elle peut encore, en la supposant acceptée par le notaire, constituer la preuve d'un mandat à l'effet de transmettre aux intéressés les pièces déposées dans son étude. Dans ce cas, pour pouvoir établir qu'il a rempli l'obligation qui en résultait, il fera bien de n'adresser les pièces

(1) Cass., Req , 4 mai 1874, D., 74, 1, 489.
(2) Paris, 22 juin 1853, *J. N.*, 14998.
(3) Aix, 10 décembre 1881, *Gaz. Pal.*, 82, 1, 190.

que sous pli recommandé. S'il ne trouve pas l'intéressé au domicile qu'il lui connaît, il n'est pas tenu de faire de nouvelles démarches (1). On croit d'ailleurs généralement que si le notaire voulait s'éviter un pareil mandat, il pourrait refuser d'insérer la clause d'élection de domicile.

Lorsque l'élection de domicile a été faite à l'insu du notaire, notamment dans un bordereau d'inscription hypothécaire, lorsqu'il n'est pas rédigé par le notaire chez lequel on élit domicile, on ne saurait y voir un mandat quelconque, au moins autant que l'officier public n'a pas accepté l'élection ; et il nous paraîtrait difficile de voir une preuve absolue de son acceptation tacite dans le fait d'avoir reçu sans protestation les significations faites en l'étude et même de les avoir transmises, car il peut avoir fait le tout à titre gracieux, dans la pensée de rendre service à son client mais sans prétendre s'engager pour l'avenir (2).

Enfin, parmi les présomptions au moyen desquelles on a essayé d'établir le mandat, on en trouve qui n'ont pour base que des circonstances de fait dont il nous semble impossible d'induire un mandat quelconque.

C'est ainsi que la jurisprudence a parfois soutenu que des relations habituelles du notaire et du prêteur on pouvait tirer une présomption du mandat

(1) Paris, 6 mai 1872, *Rev. du not.*, 4181. — Douai, 23 novembre 1892, *Rev. du not.*, 8903.

(2) V. Cass., 18 février 1851, S., 51, 1, 353.

tacite (1). N'est-il pas vraiment singulier qu'on prétende conclure de ce que le prêteur est le client habituel du notaire, qu'il est forcément son mandataire conventionnel? Est-ce parce qu'on s'adresse toujours au même notaire, ce qui est le cas de presque tout le monde, et qu'on a eu l'occasion de s'adresser à lui souvent, qu'on sera présumé ne plus faire ses affaires soi-même! On ne peut conclure sûrement de ces relations qu'une chose, c'est que le prêteur trouve que son notaire mérite sa confiance; aller plus loin serait admettre une présomption qui ne répondrait pas aux caractères qu'exige l'article 1353 du Code civil.

Serait-on davantage autorisé à voir une présomption sérieuse de mandat dans ce fait que le client est un individu dépourvu d'instruction, un illettré? Nous savons qu'on a déjà invoqué cette raison pour alourdir la responsabilité professionnelle du notaire; mais nous trouvons plus étonnant encore qu'on veuille toujours en faire naître une relation contractuelle, un mandat que rien n'obligeait le notaire à assumer; car il a pu fort bien se rendre compte que le prêteur était, quoique illettré, apte à connaître les

(1) Rennes, 9 juillet 1834, S., 35, 2, 105. — Paris, 13 juin 1854 et Cass., 14 février 1855, D., 55, 1, 170. — Cass., 22 avril 1856, D., 56, 1, 247. — Toulouse, 8 février 1861, D., 61, 2, 110. — Cass., Req., 18 août 1873, *Rev. not.*, 4460. — Cass., 15 décembre 1874, D., 75, 1, 463. — Bordeaux, 17 juillet 1877, *Rev. not.*, 5521. — Cass., 18 janvier 1892, S., 92, 1, 255, D., 92, 1, 454. — Bordeaux, 9 mai 1894, D., 95, 2, 492. — Cass., 2 juillet 1896, D., 97, 1, 195. — *Contrà*, Rouen, 29 décembre 1896, *Rev. du not.*, 9961.

affaires, à apprécier mieux que tout autre la valeur d'un placement. Ceux qui ont sou par sou, réalisé une petite fortune en ont grand souci, car ils connaissent la valeur de l'argent et il sera rare qu'ils ne veuillent pas connaître et apprécier par eux-mêmes la solvabilité de leur emprunteur et la valeur des garanties qu'il offre (1).

Enfin, on cite des arrêts qui ont été jusqu'à dire que la preuve d'un mandat déterminé assumé par un notaire envers un client déterminé « pouvait résulter des habitudes du notariat de la région (2) » et un arrêt de la Cour d'Agen confirmé par Cassation, 9 juillet 1890 (3), déclare que la qualité de mandataire « est une conséquence des pratiques du notariat ». Il faut reconnaître que c'est étendre bien loin le droit de tirer des présomptions et que le notaire risque fort de ne pas rester souvent dans son rôle de rédacteur des actes de son ministère.

En présence de la jurisprudence actuelle qui

(1) En notre sens : Dalloz, *Rép.*, V. *Responsab. des not.*, n° 374. — *Rev. du not.*, n^os^ 3058-4984. — Avignon, p. 82. — Rutgeerts et Amiaud, *Comment.*, III, p. 1755, note . — Amiaud, *Traité formulaire*, V. *Notaires*, II, p. 685. — Emond, p. 221. En sens contraire : Rennes, 9 juillet 1834, S., 35, 2, 105. — Poitiers, 30 juin 1847, D., 47, 1, 190. — Cass., Req., 22 avril 1856, D,, 56, 1, 247. — Montpellier, 21 juillet 1863, S., 64, 1, 449. — Alger, 6 juillet 1866, *Rev. du not.*, 1764. — Trib. Saint-Etienne, 17 mars 1873, *Rev. du not.*, 4439. — Angers, 14 janvier 1875, S , 75, 1, 455, D., 76, 1, 260. — Aix, 10 décembre 1881, *J. N.*, 22723.

(2) Cass., 2 juillet 1896, D., 97, 1, 195.

(3) Agen, 22 décembre 1888, conf. par Cass., 9 juillet 1890, *Pand. fr.*, 90, I, 454.

reconnaît si facilement aux présomptions un caractère probant, le notaire soucieux de sa sécurité évitera autant que possible . d'accomplir les actes dont nous venons de parler (visite des immeubles...) et d'insérer les clauses qui peuvent faire croire à un mandat. Quant aux circonstances de fait que nous indiquions, s'il ne peut les modifier, il peut au moins dans une certaine mesure, conjurer la menace qu'elles contiennent, en faisant tout son devoir et en usant ensuite des décharges conventionnelles dont nous avons parlé dans notre première partie.

§ IV. — Obligations et responsabilité du notaire mandataire.

Nous avons vu de quelle manière on établirait l'existence d'un mandat assumé par le notaire; quant à un placement sur hypothèques, disons maintenant, quelles sont les obligations qui découleront d'un tel mandat et ainsi nous arriverons à dégager la responsabilité, car l'obligation en est la mesure.

Le notaire qui s'est chargé de négocier un placement est soumis à toutes les obligations d'un mandataire. Nous n'avons pas à les étudier toutes ici; rappelons seulement qu'il contracte l'obligation de mener l'entreprise à bonne fin et de rendre compte de sa gestion (art. 1998 et 1993, C. civ.). Il doit apporter à l'exécution de son mandat tous les soins qu'il apporterait à ses affaires personnelles et plus encore, car agissant pour lui, il aurait le droit

de faire tel placement que bon lui semble, au lieu que pour le compte de son client l'opération ne doit dénoter aucune négligence, aucune imprudence de sa part : la mission de confiance qu'il a acceptée l'exige bien ainsi. Et l'article 1992 nous dit : « le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. » Quel est donc le degré de faute dont répondra le notaire? D'après la majorité des auteurs (1) ce sera la *culpa levis in abstracto* c'est-à-dire celle que ne commettrait pas un administrateur ordinaire. Mais cet administrateur ordinaire comment faut-il l'entendre? M. Huc dit (2) : « il ne faut pas perdre de vue que le type abstrait du bon père de famille doit être cherché dans la classe ou catégorie à laquelle appartient la personne dont on examine les actes ; » et certains en ont conclu que c'était au notaire d'une diligence moyenne qu'on devrait se référer pour apprécier la responsabilité. Nous croyons que ce serait oublier que le notaire, comme mandataire, est un simple citoyen, que le mandat ne rentrant pas dans ses fonctions, on ne peut faire appel à sa qualité de notaire : la catégorie à laquelle il appartient est celle des mandataires ; c'est là qu'il faut chercher le type abstrait du bon père de famille.

Dans l'article 1992, al. 2, il est dit que la respon-

(1) Demolombe, XXIV, nos 402-412. — Aubry et Rau, § 308, IV, p. 101. — Demante et Colmet de Santerre, Cours no 54, p. 67. — Bauby, p. 291, etc.

(2) Huc, XII, p. 57.

sabilité du mandataire gratuit est appréciée moins rigoureusement ; il est intéressant de voir si le notaire peut invoquer cette disposition de faveur. Lorsqu'il a perçu des honoraires supérieurs au tarif, on prétendrait difficilement que le mandat n'était pas salarié ; mais peut-on en dire autant lorsqu'il n'a reçu rien de plus que ce qu'il aurait eu comme simple rédacteur du placement ? Certains arrêts l'ont prétendu (1), tout singulier que cela paraisse, puisque en l'absence de tout mandat, le notaire aurait eu droit à ces honoraires.

L'appréciation de la faute laisse au juge une certaine latitude qui, du reste, se justifie : c'est ainsi qu'il appréciera plus sévèrement la responsabilité du notaire qui a reçu son mandat d'un illettré (2). Nous n'avons pas admis que le défaut d'instruction pût servir de base à la théorie du mandat légal ; nous avons également repoussé la présomption qu'on en voudrait tirer pour établir l'existence d'un mandat conventionnel ; mais si ce mandat existe, on comprend fort bien que l'on tienne compte de l'ignorance en affaires du client : dans ce cas, il y a tout lieu de croire que ce dernier s'en est rapporté complètement au notaire, à sa sagacité et à son expérience, et une idée

(1) Angers, 28 mars 1833, D., *Rép.*, V, *Resp.*, n° 350-2°. — Req., 23 novembre 1843, D., *Rép.*, V. *Resp.*, n° 364-1°. — Poitiers, 30 juin 1847, D., 47, 2, 190. — En sens contraire : Marseille, 25 avril 1839, confirmé par Aix, 29 juillet 1839, D., *Rép.*, V. *Resp.*, n° 351-1°.

(2) Cass., Req., 13 août 1874, S., 75, 1 208, D., 75, 1, 55. — Trib. des Andelys, 16 mars 1886, S., 87, 2, 6, *Rev. du not.*, 7578.

de bonne foi plus étroite semble bien obliger le notaire.

Quand on déterminera l'étendue de la responsabilité, on devra tenir grand compte de l'étendue qu'avait le mandat. Etait-il spécial et limité au fait même du placement ou moins encore à certains renseignements à prendre ou à certaines formalités à accomplir, la responsabilité sera limitée dans cette mesure. S'étend-il, au contraire, à toutes les opérations du placement, sa responsabilité, nous allons le voir, est fort étendue, néanmoins, ce serait une erreur de croire qu'il serait tenu de toutes les conséquences du placement effectué par ses soins.

Pour que l'on puisse mieux établir la différence de situation entre le notaire mandataire et le notaire dans son rôle professionnel, nous allonssuivre le plan que nous avions adopté dans notre première partie.

Il n'y a pas à parler des vices de forme, car ils sont imputables au notaire, en tant que rédacteur de l'acte, comme officier ministériel. Quant aux nullités touchant le fond, nous allons voir qu'il sera beaucoup plus difficile au notaire de s'en dégager quand il a joué le rôle de mandataire que lorsqu'il s'est limité à ses obligations professionnelles.

Tout d'abord, le notaire qui a reçu mandat de faire un placement devra s'assurer que l'emprunteur est capable de s'obliger, et il serait déclaré responsable de la nullité du prêt qui résulterait de l'incapacité : si donc il est en présence d'un emprunteur mineur émancipé ou non (1), il ne devra opérer le placement qu'au-

(1) Cas. Req., 19 juin 1850. D., 51, 1, 308.

tant que ce dernier établira qu'il est habilité conformément aux articles 457, 458 ou 483 Code civil ; si le futur emprunteur est un individu que le notaire a quelque raison de croire interdit ou doté d'un conseil judiciaire, il faudra s'adresser au tribunal du lieu de naissance, qui saura dire s'il est fait mention d'une pareille incapacité sur le registre spécial tenu à cet effet depuis la loi du 16 mars 1893. Il n'est malheureusement pas aussi facile de connaître les faillites (malgré le système de publicité organisé par l'article 442 du Code de commerce) et surtout les déconfitures ; aussi les tribunaux ne devront-ils pas se montrer trop sévères pour le notaire qui n'aurait pu arriver à les connaître, s'il a fait des démarches pour y parvenir.

Le notaire devra aussi vérifier avec soin les titres de propriété : son mandat comprenant l'obligation de se renseigner sur l'établissement de propriété des biens soumis à l'hypothèque. C'est ainsi qu'il serait responsable de l'inefficacité de la garantie résultant de ce que l'emprunteur s'était dessaisi de la propriété de l'immeuble en en faisant apport dans une Société (1) ou encore de ce que l'immeuble hypothéqué, ayant fait l'objet d'une donation à l'emprunteur, devrait revenir, franc et quitte de toutes charges créées par ce dernier, à la succession du donateur (2). De même encore le notaire verrait sa responsabilité engagée pour avoir accepté une constitution d'hypothèque faite sur un immeuble dotal sans qu'elle fût autorisée par les tribunaux.

(1) Cass., 16 août 1865, *Rev. du not.*, n° 1477.
(2) Rouen, 18 mars 1868, S., 69, 2, 198.

En matière d'erreur sur le fond du droit, on reconnaît aussi que l'idée de mandat aggrave la responsabilité du notaire, en ce sens que tandis qu'en matière professionnelle on le dégageait de toute responsabilité quand la question avait été l'objet d'une controverse si peu soutenable que fût la solution par lui adoptée, ici on a songé à lui imputer à faute d'avoir, dans une question controversée, choisi la solution la plus dangereuse. Mais il ne faudrait pas pousser trop loin la sévérité, et il nous paraîtrait exagéré de forcer le notaire à prévoir tous les dangers que peut entraîner une solution que l'on a cru pouvoir soutenir. Exagéré aussi, croyons-nous, de n'exonérer le notaire que lorsqu'il aurait été entraîné par une opinion forte et logique « adoptée en pratique et corroborée par les orateurs de la loi lors de sa discussion », comme le voudrait M. Eloy (1). Ne serait-ce pas exiger plus qu'on ne peut attendre d'un administrateur moyen et même d'un notaire ordinaire; car, a-t-on le droit de lui demander qu'entre deux opinions il choisisse la plus logique, deux solutions opposées pouvant être fort logiquement amenées en partant de principes différents. Quant aux travaux préparatoires, faut-il toujours en faire état, lorsqu'on voit combien justifiée est cette idée : qu'avec un peu d'habileté, on y trouve tout ce qu'on veut?

Si nous passons à la question « d'utilité » du placement, nous serons amené à constater que le notaire, en tant que mandataire, répondrait des fautes qui

(1) Eloy, II, nº 730.

peuvent compromettre la solidité de ce placement. On dira qu'une opération de ce genre est bonne lorsque l'emprunteur sera en état de payer exactement les intérêts et lorsque sa surface pécuniaire dépassera le montant du prêt en y comprenant tous les frais que la réalisation du gage exigera.

La solvabilité de l'emprunteur, en dehors même de l'immeuble qu'il a hypothéqué sera fort utile, car elle assurera le paiement exact des intérêts en même temps qu'elle garantira le remboursement du capital, sans obliger le prêteur à exercer des poursuites qu'il désire éviter. Le notaire serait-il attaquable pour n'avoir pas exigé cette garantie personnelle à côté de la garantie immobilière ? Dans le cas où le mandat ne précise rien à ce sujet, on ne saurait, croyons-nous, faire un grief au notaire de ne l'avoir point exigée ; mais si le client a bien entendu se munir de cette garantie supplémentaire, l'officier public n'aurait pas le droit de la négliser ; il ne lui est pas permis de se constituer le juge de telle ou telle précaution et de ne pas la procurer à son mandant sous prétexte qu'elle est illusoire ou inutile (1). Quant à la moralité, à la loyauté de l'emprunteur, il s'en assurera si le mandat l'exige, mais dans le silence même du mandat, il serait prudent de le faire, ne fût-ce que pour s'éviter à lui-même des réclamations, soit du créancier soit même de l'emprunteur qui, s'il est sans conscience, l'accusera d'avoir exigé de lui des garanties exagé-

(1) Paris, 21 mai 1851. D., 51, 2, 209.

rées, voire même de ne lui avoir pas remis intégralement les fonds lors du prêt.

Quand le notaire a dû s'assurer de la solvabilité de l'emprunteur, il est bien entendu qu'il ne s'agit que de la solvabilité actuelle. De plus, le juge en appréciant la responsabilité, ne devrait pas oublier qu'il est souvent fort difficile, surtout dans les grands centres, de connaître exactement la situation des individus, et on ne pourrait guère reprocher au notaire que d'avoir ignoré ce qui était de notoriété publique (1).

En dehors même de toute clause à ce sujet dans le mandat, le notaire devrait s'assurer de la valeur des immeubles hypothéqués ; il aura soin de ne pas leur attribuer une valeur trop considérable, car des circonstances imprévues peuvent amener des dépréciations très sensibles. Les biens devront dépasser dans une certaine mesure (2) le montant de la somme prêtée, en y comprenant les intérêts de deux années, plus l'année courante et les frais de mise à exécution. Mais comment le notaire appréciera-t-il les immeubles? Il le fera, en général, d'après les données qui lui seront fournies par les pièces qu'il a entre les mains ou qu'il lui lui est facile de se procurer, mais

(1) Aix, 29 juillet 1839, *J. N.*, 10650. — Trib. de Lyon, 4 janvier 1868, *Rev. du not.*, 2158. — Lyon, 3 juillet 1868, S., 69, 2, 198, D., 68, 2, 229. — Trib. Troyes, 20 juillet 1875, *Rev. du not.*, 5040.

(2) On ne peut guère fixer l'écart qui doit exister entre le montant de la créance et la valeur des immeubles ; cependant, on pourrait tenir certain compte des articles 2162 et 2165 du C. civ.

on ne saurait exiger qu'il fasse procéder à une expertise (1), bien que ce soit là une mesure de prudence particulièrement recommandable dans certains cas difficiles. En tous cas, l'insuffisance des immeubles ne retomberait à la charge de l'officier public qu'autant que cette insuffisance existait déjà à l'époque du placement (2).

Un des éléments d'appréciation de la valeur des immeubles sera l'état hypothécaire, aussi le notaire devrait-il le vérifier avant la signature de l'acte (3) ; c'est là une obligation qui résulte de sa seule qualité de mandaire, on ne songe pas à le contester.

Pour qu'un sinistre ne vienne pas enlever tout ou partie de sa valeur à l'immeuble hypothéqué, le mandataire doit stipuler que cet immeuble sera assuré, s'il ne l'est déjà, et s'il l'est, il veillera en temps opportun au renouvellement de la police d'assurance ; mais cette obligation ne l'atteindrait que si le mandat comprend toutes les opérations du prêt jusqu'au remboursement.

Mandataire, il devrait aussi remplir les formalités hypothécaires destinées à assurer l'efficacité des droits des parties. Ainsi l'a-t-on jugé en cas de défaut

(1) Dijon, 28 décembre 1876, D., 78, 1, 158.

(2) Cass., Req., 7 janvier 1878, D., 78, 1, 158. — Trib. Seine, 4 décembre 1877, *Rev. du not.*, 5560. — Trib. civ. Troyes, 20 juil. 1875, *Rev. du not.*, nº 5040. — Poitiers, 11 novembre 1889, D., 90, 2, 198. — Cass., 21 juin 1893, D., 94, 1, 191.

(3) Cass., Req., 20 novembre 1882, D., 83, 1, 311, *Rev. du not.*, nº 6587. — Cass., 28 mai 1888, D., 89, 1, 187.

d'inscription (1) ou de non renouvellement d'une inscription prise (2), cela même lorsque le notaire n'était plus dépositaire des titres de la créance (3). Quant au délai dans lequel doit être requise l'inscription, il n'en est question nulle part : le juge a donc toute latitude pour décider s'il y a ou non retard ; c'est regrettable, car le notaire pourra se voir condamné ou absous suivant qu'on estimera avec quelques auteurs (4) qu'il a une vingtaine de jours pour requérir inscription ou qu'au contraire on suivra l'avis d'un arrêt (5) qui déclare un notaire responsable de ne l'avoir requise que onze jours après l'acte.

Il pourra arriver que le notaire fasse inscrire l'hypothèque dans un bureau autre que celui de l'arrondissement dans lequel est situé l'immeuble ; la responsabilité de l'officier public est certainement engagée mais on a soutenu, non sans raison, que le conservateur des hypothèques devrait partager cette responsabilité, car il doit connaître les immeubles situés dans sa circonscription et il n'a d'ailleurs qualité pour opérer l'inscription requise qu'autant que cette

(1) Cass., Req., 14 février 1855, D., 55, 1, 170. — Cass., Req., 22 août 1864, D., 65, 1, 64. — Cass., 2 mai 1882, D., 83, 1, 73, S., 84, 1, 416.

(2) Rouen, 13 mars 1854, S., 55, 2, 261. — Aix, 27 mai 1879, *J. N.*, 22264. — Trib. Toulouse, 18 juin 1888, *Pand. fr.*, 90, 2, 172, *J. du not.*, 4060.

(3) Saint-Etienne, 17 mars 1873, *Rev. du not.*, 4439. — Cass., Req., 15 décembre 1874, *Rev. du not.*, 4852.

(4) Belenfant, p. 46.

(5) Toulouse, 30 mai 1829, S., 30, 2, 144, D., 30, 2, 181.

condition est remplie. La jurisprudence ne l'admet pas cependant et l'erreur tombe de tout son poids sur le notaire (1).

Il en serait de même lorsque les bordereaux contiendraient toute autre mention fautive ou inexacte, notamment s'il y avait interposition des noms du créancier et du débiteur (2) ou encore s'il y avait omission de la date d'exigibilité de la créance ou de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme du débiteur (3).

Enfin, il ne suffirait pas que le notaire mandataire se fût assuré de la réunion de toutes les garanties requises, sa responsabilité pourrait encore se trouver engagée, notamment dans le cas où il aurait conseillé au prêteur, après le placement, soit une prorogation de délai, soit toute autre diminution de garantie, en supposant le conseil accompagné de pression et à plus forte raison de manœuvres dolosives.

Dans toutes les hypothèses dans lesquelles nous avons dit qu'on pouvait rendre le notaire responsable, il faut supposer que l'inexécution du mandat tient à sa faute ; il ne répondrait pas, en effet, des cas fortuits ou de force majeure. Il s'engage à poursuivre l'exécution du mandat comme un mandataire et

(1) Paris, 26 janvier 1872, confirmé par Cass., 25 novembre 1872, D., 73, 1, 134 et *Rev. du not.*, 4303.

(2) Trib. Joigny, 17 mars 1859, D., 59, 3, 46.

(3) Bordeaux, 21 janvier 1862, *Rev. du not.*, nº 285, III, 57, *J. N.*, 17389.

non comme une caution. Pour cette raison, on devrait décider qu'à moins de dol, le notaire ne devrait de dommages-intérêts que pour la part du préjudice qui résulte de sa faute ; si donc des circonstances fortuites l'avaient aggravé, le notaire ne serait point tenu de cette aggravation (1).

(1) V. cependant en ce sens contraire : Req., 13 août 1874, D., 75, 1, 55.

CHAPITRE IV

Du Notaire gérant d'affaires.

Autant le mandat est susceptible de se présenter fréquemment, autant, croyons-nous la gestion d'affaires sera une situation exceptionnelle ou accidentelle.

Il est fort peu probable que le notaire accomplisse cette immixtion volontaire et spontanée qui constitue la gestion d'affaires, alors qu'il peut se charger de l'opération en vertu d'un mandat qui aura la supériorité de pouvoir être rémunéré et d'entraîner une moindre responsabilité. On serait d'ailleurs assez fondé à soutenir que la gestion d'affaires n'est guère susceptible de se présenter que pour certaines des opérations qui constituent le placement, notamment pour prendre des renseignements, faire inscrire l'hypothèque etc.. Mais comment le notaire pourrait-il faire le placement lui-même, comme gérant d'affaires, si le prêteur intervient à l'acte au moins pour le signer? et s'il n'y intervient pas et qu'il ne donne aucun pouvoir au notaire, ce qu'il faut bien supposer pour qu'il y ait gestion d'affaires, comment le contrat de prêt se formera-t-il ? comment

l'emprunteur se trouvera-t-il lié au prêteur? D'ailleurs. le notaire ne peut représenter le prêteur pendant la passation de l'acte sous peine de faire un acte nul aux termes de l'article 8 de la loi de l'an XI; mais alors, si l'on fait intervenir un tiers qui se porte fort de la ratification du prêteur, n'est-ce pas ce tiers qui sera le gérant d'affaires?

Malgré ces arguments de fait et de droit pour restreindre la gestion d'affaires, on voit de très nombreux arrêts qui condamnent des notaires comme gérants. En présence des graves conséquences qu'entraîne pour le notariat une semblable manière de faire, nous croyons intéressant de donner la physionomie et les règles essentielles de ce quasi-contrat.

Nous avons dit que la gestion d'affaires était l'immixtion volontaire et spontanée d'une personne dans les affaires d'un tiers et nous savons qu'il importe peu, aux termes de l'article 1372, que celui-ci connaisse ou non la gestion. Que faut-il donc pour qu'il y ait cette immixtion? Il faut de toute nécessité un fait accompli par le notaire, car l'intervention dans les affaires d'autrui ne peut se manifester que par des actes; bien plus, l'obligation du gérant ne peut naître que de l'action. C'est là le propre du quasi-contrat; il n'y a pas d'obligation tant qu'il n'y pas eu d'acte et le rapport de droit qui a sa source dans le fait accompli, ne saurait être plus étendu que lui (1).

Cela veut-il dire que le notaire gérant ne pourrait jamais se voir attaqué en cette qualité pour une né-

(1) Lyon, 18 juillet 1845, D., *Rép.*, V. *Resp.*, nº 356.

gligence ou une omission de faire ? Il convient de faire ici une précision : tant que la gestion n'a pas été entreprise, on ne saurait faire un grief au gérant de n'avoir pas accompli tel ou tel acte, pris telle ou telle précaution, puisqu'il est entièrement libre d'effectuer ou non l'acte initial d'où naîtra la gestion d'affaires ; mais si son intervention est constante, alors il n'a plus le droit d'être négligent, de s'abstenir pour les opérations qui font partie de la gestion entreprise ; n'est-ce pas conforme à ce que dit l'article 1372 Code civil, « il doit se charger également de toutes les dépendances de cette même affaire ». Toute la question se ramènera donc à celle de savoir si l'omission, la négligence avait trait ou non à une des dépendances de l'affaire : question d'espèce que le juge tranchera.

La gestion d'affaires consistant essentiellement dans un fait, c'est ce fait qu'il faudra prouver : il ne servirait de rien d'établir ce que le notaire en tant que gérant s'était proposé de faire, puisque en dehors de l'action et de ses suites, il n'est tenu à rien. Qu'importe son intention, sa volonté, tant qu'elle ne s'est pas traduite dans un fait qui seul l'engagerait ?

La preuve peut se faire par tous les moyens : la preuve testimoniale et les présomptions sont toujours admissibles (1348, 1°, C. civ.). La jurisprudence a notamment considéré comme présomption probante de gestion d'affaires, le fait d'avoir indiqué l'emprunteur en attestant sa solvabilité (1) ; d'avoir pris

(1) Douai, 22 décembre 1840, S., 41, 2, 139. — Douai, 26 janvier 1846, *J. P.*, 46, 1, 574. — Cass., Req., 11 juillet 1866, S., 66, 1, 320.

l'initiative du placement (1) ; de n'avoir pas mis les parties en rapport (2) ; d'avoir choisi lui-même l'emprunteur et procédé à l'examen de la situation hypothécaire (3). Nous avons indiqué à propos du mandat d'autres présomptions que l'on a aussi invoquées pour voir dans le notaire un *negotiorum gestor* : nous savons ce qu'il faut penser de la force probante de certaines d'entre elles.

Les obligations qui naissent de la gestion d'affaires sont les mêmes que celles du mandat. Le gérant « se soumet, nous dit l'article 1372, C. civ., à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire » ; il devrait donc s'assurer que le placement aura toute la solidité voulue et pour cela, il aura à vérifier l'existence et l'étendue des droits du constituant sur l'immeuble offert en garantie (4) ; il examinera le montant des charges hypothécaires (5) et appréciera la valeur du

(1) Cass., Req., 19 mars 1845, D., 45, 1, 186. — Rennes, 1er février 1869, *J. du not.*, 2452.

(2) Paris, 28 février 1842, D., 42, 2, 14. — Besançon, 17 juillet 1844, D., 45, 2, 171. — Cass., Req., 3 août 1847, D., 47, 1, 305. — Dijon, 12 août 1849, sous Cass., Req., 19 juin 1850, S., 51, 1, 123. — Bordeaux, 20 juin 1853, D., 54, 2, 113. — Cass., Req., 4 mars 1863, *J. N.*, 17679. — Rouen, 18 mars 1868, S., 69, 2, 198. — Trib. Lyon, 3 mai 1873, *Rev. du not.*, 4469.

(3) Cass., 11 juillet 1866, S., 66, 1, 320. — Aix, 10 août 1876, *J. N.*, 21620. — Paris, 11 décembre 1884, *Gaz. Pal.*, 85, 1, 643. — Cass., Req., 2 mai 1892, S., 92, 1, 304.

(4) Rouen, 18 mars 1868, S., 69, 2, 198.

(5) Cass., 11 juillet 1866, S., 66, 1, 320. — Paris, 13 novembre 1891, *J. du not.*, 1892, p. 56.

gage (1). Il ne devrait pas non plus laisser de côté les questions de capacité du débiteur; mais, on ne pourrait lui faire un grief d'avoir négligé de s'assurer de la solvabilité personnelle, si la garantie réelle est amplement suffisante pour couvrir le montant de la somme placée et des frais et accessoires.

Le gérant doit apporter à la gestion les soins d'un bon père de famille (art. 1374); cependant le juge, tenant compte des circonstances qui ont conduit le *negotiorum gestor* à se charger de l'affaire, a le pouvoir de limiter sa condamnation (art. 1374, al. 2). Le législateur veut, dit-on, par là encourager la gestion d'affaires. Cet esprit de faveur le retrouvons-nous dans les arrêts rendus contre un notaire qui s'était chargé d'un placement? Bien qu'il n'y ait aucune raison de distinguer ce dernier de tout autre gérant d'affaires, puisque lorsqu'il agit en cette qualité, il le fait comme simple particulier, la jurisprudence n'use guère de la faculté d'atténuation que lui accorde l'article 1374, al. 2. On n'est pas en droit de lui reprocher d'agir ainsi, puisque le législateur lui a laissé sur ce point une libre appréciation; mais, on peut lui faire un grief d'avoir accueilli trop favorablement de prétendues gestions d'affaires. Nous avons dit l'intérêt qu'avaient les clients à invoquer

(1) Paris, 28 février 1842, S., 42, 2, 14. — Cass., Req., 19 mars 1845, D., 45, 1, 186. — Paris, 27 novembre 1847, *J. N.*, 13217. — Bordeaux, 20 juin 1853, D., 54, 2, 113. — Metz, 19 décembre 1855, S., 56, 2, 478. — Cass., Req., 22 avril 1856, D., 56, 1, 247. — Lyon, 4 mars 1876, D., 77, 1, 399.

un pareil quasi-contrat, même lorsque le notaire était lié par un mandat; plus grand encore serait leur intérêt si l'officier public s'était limité dans son rôle de rédacteur, et si, comme tel, il a voulu répondre à l'obligation que lui impose la jurisprudence de renseigner et d'éclairer ses clients, ceux-ci s'efforceront de voir dans ses démarches le commencement d'une gestion d'affaires.

Malheureusement, cette crainte n'est pas chimérique et la jurisprudence, par sa trop grande sévérité, encourage cette tendance des prêteurs malheureux (1). Elle l'encourage encore par une confusion trop fréquente entre la gestion d'affaires et le mandat (2). Ne devrait-on pas tenir compte de ce que déclarait la Cour de Cassation, le 25 janvier 1875 (3) : « il ne saurait dépendre de l'habileté de l'une des parties de transformer selon son intérêt, le mandat en simple

(1) Amiens, 29 janvier 1863, *Journ. du not.*, 17800. — Douai, 28 janvier 1846, D., *Rép.*, V. *Resp.*, n° 350. — Poitiers, 30 juin 1847, D., 47, 2, 190. — Req., 9 juillet 1872, D., 73, 1, 296. — Agen, 23 décembre 1889, D., 90, 2, 202 — Paris, 17 janv. 1900, *Rép. gén. du not.*, 1900, art. 11312.

(2) Rennes, 9 juillet 1834, S., 35, 2, 105. — Cass., Req., 19 mars 1845, D., 45, 1, 186. — Bordeaux, 20 juin 1853, D., 54, 2, 113. — Cass., Req., 22 avril 1856, D., 56, 1, 247. — Paris, 20 et 27 juillet 1874, *Rev. du not.*, 4688. — Orléans, 10 décembre 1875, sous Cass., D., 78, 1, 172. — Rouen, 20 juillet 1891, *J. du not.*, 1892, p. 38. — Trib. Roanne, 7 janvier 1892, *J. du not.*, 1892, p, 119. — Lyon, 11 mars 1892, *J. N.*, 24945. — Cass., Req., 2 mai 1892, S., 92, 1, 304. — Dijon, 15 février 1893, *J. du not.*, 1893, p. 248.

(3) *J. N.*, 21251.

gestion d'affaires, afin de rendre admissible la preuve testimoniale. »

On a aussi essayé de faire résulter la preuve d'une gestion d'affaires, de ce fait que l'usage de la contrée était que le notaire accomplît telle ou telle formalité. N'était-ce pas aller contre les principes mêmes de la gestion d'affaires qui exigent un agissement, une action du gérant ? Aussi approuverons-nous un arrêt de Bordeaux du 24 mars 1887 (1), qui décide que le client ne saurait se prévaloir d'une pratique qui entraîne les notaires à se faire les gérants d'affaires de leurs clients, pour leur en imposer les obligations.

« Espérons, dirons-nous avec M. Arnault (2) qu'on n'admettra plus comme par une sorte d'échappatoire, qu'il y a gestion d'affaires là où l'on a été impuissant à établir le mandat exprès ou tacite ; et que la Cour suprême examinera aussi si des faits souverainement constatés par des juges, il résulte qu'il y ait eu de la part du notaire cette activité voulue, cette immixtion, cette gestion volontaire de l'affaire d'autrui dont parle l'article 1372. »

(1) *Rec. de Bordeaux*, 87, 1, 284. Nous devons signaler aussi comme dégageant avec raison les notaires de toute responsabilité, deux arrêts récents, l'un de Riom, 6 juin 1900, confirmant le jugement de Clermont-Ferrand du 23 janvier 1899 ; l'autre, un jugement du Trib. de Tours, du 8 mai 1900, rapportés dans la *Circulaire du Comité des notaires des départements*, n° 252.

(2) Arnault, p. 79.

CHAPITRE V

Du Notaire caution [1]

Nous avons dit que le notaire dans les divers rôles qu'il pouvait remplir ne répondait que de son fait personnel, c'est'à-dire qu'en l'absence d'une faute, négligence ou imprudence, on ne saurait faire appel à sa responsabilité. Son obligation, même la plus étroite ne consiste pas en effet, à assurer que malgré tout son client fera un placement de tout repos, mais seulement à tendre vers ce but et à y apporter tous ses soins. Toute autre est la situation de la caution ; celle-ci s'engage à assurer la réussite de l'opération, elle s'oblige à payer si l'emprunteur ne paie pas et ce, pour quelque raison que ce soit ; en un mot elle assume les risques, elle se charge des cas fortuits. On voit par là tout ce qu'a de dangereux le cautionnement puisqu'il donne à celui qui le fait toutes les chances de perte sans lui donner les chances de gain.

Aussi le législateur a-t-il interdit aux notaires par l'ordonnance du 4 janvier 1843, 6° « de se constituer

(1) Ce n'est pas un véritable cas de responsabilité, on le verra par la suite de nos explications, mais il nous a paru intéressant d'en parler ici.

garants ou cautions à quelque titre que ce soit, des prêts qui auraient été faits par leur intermédiaire ou qu'ils auraient été chargés de constater par acte public ou privé ».

Il résulte de ce texte que la prohibition s'applique à tout notaire, qu'il soit simple rédacteur, mandataire, gérant d'affaires ou que, sans rédiger l'acte, il ait joué le rôle d'intermédiaire (1). Cela s'explique, car l'esprit des rédacteurs de l'ordonnance était d'éviter les désastres dont s'alarmait l'opinion ; or le notaire simple intermédiaire aussi bien que le notaire instrumentaire, s'y trouvait exposé par un cautionnement imprudent.

Du reste, cette défense n'étant sanctionnée que par des peines disciplinaires, l'acte qu'aurait rédigé l'officier public qui se serait porté caution, ne serait pas annulable au moins en vertu de l'ordonnance de 1843 ; mais ne le serait-il pas à raison de l'article 8 de la loi de l'an XI? Bien qu'on fût assez fondé à prétendre qu'en cautionnant le prêt, le notaire a été partie à l'acte dont il était le rédacteur, la jurisprudence n'a jamais admis cette considération. Il semble même qu'usant de son système de rigueur, elle ait vu de très nombreux cas de cautionnement. Cela tient sans doute à un abandon des principes touchant la preuve de ce contrat.

L'article 2015 nous dit, en effet : « le cautionnement ne se présume point, il doit être exprès. » C'est clair et personne n'a jamais soulevé de controverse

(1) Nancy, 9 avril 1870, D., 72, 2, 193.

sur ce point. Dès lors, on ne saurait l'induire des circonstances de la cause; c'est cependant ce que fait un arrêt de la Cour de Cassation du 2 juillet 1896 (1), lorsqu'il dit : « attendu que par appréciation souveraine des circonstances de la cause et des habitudes existant alors dans le notariat de la région, l'arrêt attaqué a déclaré que dans le placement hypothécaire du 22 mars 1879 le notaire avait agi en qualité de mandataire et qu'il avait en outre entendu prendre à son compte comme garant tous les risques de ce placement. »

A plus forte raison devrait-on repousser la manière de voir de quelques arrêts qui ont considéré un notaire comme cautionnant un prêt, par cela seul qu'il avait effectué le placement en qualité de gérant d'affaires (2).

Sans doute, aucune formule spéciale n'est requise pour cautionner; mais l'idée de donner une telle garantie doit ressortir clairement des expressions employées, et le doute devrait être interprété d'une façon d'autant plus favorable, qu'il serait difficile de croire que le notaire a voulu contrevenir à une défense formelle et augmenter sa responsabilité dans une mesure qu'il sait très large. A ce propos, il est intéressant de signaler un arrêt de la cour de Toulouse du 1er février 1889 (3), qui considère comme consti-

(1) D., 97, 1, 195.

(2) Amiens, 27 novembre 1889, *Rev. du not.*, 8224, *Gaz. Pal.*, 90, 1, 94. — Douai, 22 mars 1876, *Rev. du not.*, nº 5292. En notre sens : Lyon, 13 mars 1888, *Pand fr.*, 88, II, 1.

(3) D., 90, 2, 53.

tuant un cautionnement exprès la lettre par laquelle un notaire écrit à un prêteur qu'il « garantit le placement qu'il lui propose de faire soit comme capital, soit comme intérêts, qu'il paiera, au besoin, les frais de poursuites qui pourront être nécessaires et que ledit placement est à tous égards de tout repos ». Cet arrêt ne nous paraît pas exagéré et nous ne nous y arrêterions pas si M. Dalloz ne le trouvait trop rigoureux : d'après lui, les expressions ci-dessus signifieraient seulement que le notaire certifie au prêteur la solvabilité de l'emprunteur et la sécurité du placement qu'il se propose d'effectuer. Si garantie n'équivaut pas toujours à cautionnement, il nous paraît que le client était assez autorisé à voir dans les termes employés un engagement de payer à défaut du débiteur principal.

Quoi qu'il en soit et en supposant bien établi que le notaire s'est porté caution, quelle responsabilité encourra-t-il vis-à-vis du prêteur? En supposant que l'officier public n'ait pas seulement voulu donner sa garantie personnelle relativement à la solvabilité actuelle (1), il devra répondre de toute inexécution de la part du débiteur, quand même elle viendrait d'un cas fortuit ou de force majeure, et il ne pourrait être question de faire intervenir aucune atténuation; cela se conçoit puisque l'idée de faute n'est pas en jeu. On a donc pu fort justement le déclarer

(1) Dans le doute, c'est peut-être cela seulement qu'il faudrait présumer. V. Bordeaux, 9 décembre 1841, D., *Rép.*, V. *Resp.*, 349.

responsable de l'insuffisance des biens hypothéqués provenant du seul fait d'une vente judiciaire (1).

On n'a tenu compte de la faute du notaire caution et gérant d'affaires que pour lui enlever le bénéfice de discussion (2).

(1) Trib. Versailles, 29 décembre 1889, *Rép. gén. du not.*, 1900, art. 11389.

(2) Paris, 5 février 1892, D., 92, 2, 497.

TROISIÈME PARTIE

De l'Action en Responsabilité.

Nous avons dit dans quels cas la partie lésée avait droit à une réparation civile; c'est l'action en responsabilité qui constituera la mise en exercice de ce droit.

L'action en responsabilité n'existera que tout autant que certaines conditions se trouveront réunies. A côté de la faute que nous avons examinée en matière professionnelle et en matière extra-professionnelle, doit se trouver le préjudice, élément sans lequel on ne saurait parler de réparation civile. Et entre ces deux éléments, il doit y avoir un lien de cause à effet : il faut que le préjudice résulte de la faute, qu'il en soit uniquement et nécessairement la conséquence (1). Il importerait peu au client que le notaire ait commis une faute, si le préjudice qu'il subit eût existé également en l'ab-

(1) Orléans, 8 août 1889, sous Cass., 21 octobre 1891, D., 92, 1, 221.

sence de toute faute. Ainsi l'officier public qui aurait négligé de requérir une inscription hypothécaire, bien qu'il en fut chargé, ne serait pas condamnable s'il était établi que l'acte en vertu duquel il devait prendre l'inscription était nul pour une cause à lui étrangère.

Le dommage découlant de la faute ne donnera lieu à réparation que s'il est certain et actuel : celui qui se prétend lésé devra donc démontrer qu'il souffre actuellement de la faute du notaire et il n'y aurait qu'un dommage éventuel, partant insuffisant, si son existence était subordonnée à un événement futur et incertain.

Lorsque plusieurs immeubles sont affectés à la sûreté d'un placement, s'il est probable que le prix sera insuffisant pour désintéresser le prêteur, ce dernier peut-il faire condamner le notaire avant la réalisation de tous les immeubles hypothéqués ! Tant que le gage n'est pas réalisé, on ne saurait dire qu'il y ait vraiment préjudice ; néanmoins, un arrêt de la cour d'Orléans, du 22 juillet 1892 (1), condamne le notaire à payer au prêteur l'intégralité de la créance, sauf à se faire subroger dans les droits du créancier contre le débiteur, « attendu que le surplus des immeubles devant être vendu par expropriation *ne serait vraisemblablement pas suffisant pour rembourser le créancier* ». Nous ne croyons pas que cet arrêt ait

(1) Orléans, 22 juillet 1892, confirmant jugement du Tribunal de Blois, du 16 décembre 1891. V. *Circulaire du Comité des not. des départements*, XI, p. 289.

fait jurisprudence, tout au contraire, nous trouvons des décisions dont une, du tribunal de Lyon, du 24 janvier 1893 (1) pose fort justement que la faute commise par l'officier public, même lorsqu'elle met le prêteur en présence d'un préjudice éventuel et imminent, n'autorise pas ce dernier à former immédiatement une demande en dommages-intérêts contre le notaire. Elle donne seulement lieu à de simples réserves pour le cas où l'éventualité du dommage se réaliserait.

Mais on admet que le prêteur ne serait pas obligé d'attendre le résultat de l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble grevé lorsque à raison de l'insuffisance de ce prix la perte à subir est dès à présent certaine (2).

A côté de ces questions, et plus délicate est la suivante : quand l'immeuble hypothéqué a été vendu et que le prix est insuffisant pour désintéresser le créancier, si le débiteur possède d'autres ressources, peut-on condamner le notaire au paiement de la créance avant la réalisation de tous les biens du débiteur, sauf à le subroger dans les droits du créancier ? Il s'agit du cas où le notaire a commis une faute dans le mandat ou la gestion assumée ; on se demande s'il a une sorte de bénéfice de discussion. Un

(1) *Circulaire du Comité des notaires*, XI, n° 224. En ce sens aussi : Angers, 28 janvier 1895, *J. N.*, 25729. — Cass., 5 janvier 1852, *J. Pal.*, 52, 1, 38. — Cass., 10 janvier 1854, *J. Pal.*, 54, 1, 508.

(2) Cass., Req., 31 octobre 1888, D., 90, 1, 68. — Trib. Seine, 20 février 1889, *J. du not.*, 1889, p. 440.

arrêt de la Cour de cassation, du 5 décembre 1893 (1) le lui refuse sous prétexte qu'il est le débiteur personnel et direct d'un de ses clients à raison d'un placement de fonds fait imprudemment ; mais on fait observer qu'aucun article ne dit que le mandataire soit débiteur direct et principal tout au contraire on interprète généralement l'article 1991 en ce sens qu'il répond du préjudice causé au mandant par sa faute mais alors seulement que le préjudice est bien et définitivement établi (2).

La faute sera avec le préjudice la mesure de la responsabilité ; si donc la faute s'est partagée entre le notaire et d'autres personnes, la responsabilité sera aussi partagée. C'est ainsi qu'on l'a vue fort atténuée dans le cas où le prêteur avait lui-même commis les imprudences qu'il reprochait au notaire ou lorsqu'étant homme éclairé et expérimenté en affaires il était apte à sauvegarder ses intérêts et capable de se rendre compte notamment de la valeur de l'immeuble qu'on lui donnait en garantie (3).

La responsabilité peut aussi se trouver partagée entre le notaire, le client et le conservateur des hypothèques ; on en trouve un exemple dans un arrêt

(1) V. *Circulaire du Comité des not. des départements*, XI, n° 224.

(2) V. même circulaire. Elle cite en ce sens : Toulouse, 17 juillet 1893.

(3) Lyon, 31 mai 1844, D., 45, 4, 461. — Rennes, 4 juin 1851, D., 52, 2, 178. — Lyon, 3 juillet 1868, D., 68, 2, 229. — Cass., Req., 6 juillet 1870, D., 71, 1, 431. — Douai, 29 janvier 1889, *Rev. du not.*, 8222. — Riom, 30 décembre 1890, D., 92, 2, 227.

de cassation du 19 avril 1836 (1) qui décide que la responsabilité du préjudice causé à un créancier hypothécaire par suite de la radiation d'une inscription dont le numéro a été par erreur substitué à un autre dans l'acte de mainlevée, peut être mise à la charge commune du notaire qui a commis la faute, du conservateur qui aurait pu la reconnaître à la seule lecture de l'acte, et du créancier lui-même qui a négligé de vérifier si l'acte était l'expression exacte de son consentement.

Il pourra arriver enfin que la responsabilité se partage entre deux officiers publics, qui ont concouru au même placement. Ainsi, un notaire mandataire du prêteur avait négligé de se renseigner sur l'état hypothécaire de l'immeuble offert en garantie, mais sa négligence trouvait une certaine excuse dans ce fait qu'un de ses confrères, agissant dans l'intérêt de l'emprunteur et se faisant même son complice, lui avait dissimulé la véritable situation hypothécaire. Les deux notaires devaient être déclarés responsables envers le prêteur et c'est ce que fit la Cour d'Orléans, le 10 décembre 1875 (2), mais elle les condamna solidairement. En cela, nous croyons qu'elle alla trop loin ; les deux officiers publics ne pouvaient pas être déclarés responsables en vertu des mêmes principes. Le notaire du prêteur était tenu comme n'ayant pas bien rempli son mandat (art. 1992), tandis que le notaire de l'emprunteur n'était poursuivable qu'en

(1) S., 36, 1, 562.

(2) Confirm. par Cass., Req., 20 novembre 1876, S., 78, 1, 273.

vertu de l'article 1382, car, vis-à-vis du créancier, il n'était qu'un tiers ; il ne fallait donc pas les considérer comme les co-auteurs d'un même délit ou quasi-délit. D'ailleurs, le notaire de l'emprunteur avait droit à n'être pas condamné pour le tout, car le créancier ou son notaire, ce qui à ce point de vue est pareil, ayant commis lui-même une faute, n'avait droit qu'à une réparation partielle.

La condamnation solidaire se comprendrait au contraire fort bien au cas où deux notaires ayant concouru effectivement à un placement hypothécaire, auraient commis de concert un dol ou même une simple imprudence (1). Le dommage n'existe, en effet, que par la réunion des deux officiers publics ; chacun d'eux, pris isolément, est la cause du préjudice et doit réparation du tout (2) aux termes de l'article 1383 ; toutes les fois que l'on ne pourra reconnaître la part de chacun dans le préjudice, on devra donc prononcer la solidarité. Et ce, malgré l'article 1202, qui dit que la solidarité ne se présume pas, car ce texte ne s'applique qu'en matière conventionnelle, comme cela résulte des mots : « elle doit être expressément stipulée » ; or, nous sommes en matière de quasi-délit, en présence d'engagements

(1) Mais il faut supposer que les deux notaires n'ont pas commis la faute dans l'exécution d'un mandat qu'ils auraient reçu tous deux, en ce cas en effet, aux termes de l'art. 1995, la solidarité n'existerait qu'autant qu'elle aurait été exprimée.

(2) En ce sens : Sourdat, *De la Responsabilité*, I, n° 475, p. 668, n° 706. — Dalloz, *Rép.*, V. *Resp.*, n° 245. — Bauby, p. 481.

formés sans convention (1). D'ailleurs, ne serait-il pas injuste que celui qui a souffert un dommage causé collectivement ne pût en poursuivre la réparation que par fraction ?

Nous croyons avoir examiné ainsi les questions particulièrement intéressantes en notre matière. Pour ce qui est de l'exercice de l'action en responsabilité, elle ne présente rien de spécial ; elle est soumise aux règles ordinaires de la procédure. Les questions de compétence sont régies par l'article 53 de la loi de Ventose et l'article 33 de la même loi traite des voies d'exécution sur le cautionnement; leur examen rentre dans une étude plus générale de la responsabilité notariale.

(1) Il ne s'agit ici que d'une solidarité imparfaite : ils sont tenus *in solidum*, voilà tout ; ils ne sont mandataires ou représentants l'un de l'autre, ni à l'effet de recevoir les poursuites du créancier, ni à l'effet de perpétuer l'obligation comme cela a lieu au cas de solidarité parfaite. Demolombe, XXVI, nos 288, 295 et s.

CONCLUSION

Nous avons posé au début même de cette étude la nécessité d'encourager les notaires dans la voie des placements sur hypothèque. Maintenant que nous connaissons le rôle particulièrement délicat qu'ils sont appelés à jouer en cette matière, nous croyons devoir dire un mot des causes qui ont amené de si nombreux cas de responsabilité.

L'explication de certaines condamnations est, nous voulons bien le reconnaître, que quelques notaires voyant avec peine le nombre des affaires diminuer chaque jour, n'ont pas hésité à conseiller des placements au moins hasardeux; mais ces victimes de leur imprudence, ces ignorants de la responsabilité qui les menace, encore qu'ils existent, sont peu nombreux et c'est ailleurs croyons-nous qu'il convient de rechercher les causes du plus grand nombre des condamnations.

La crise que subissent actuellement les immeubles et spécialement les propriétés rurales, explique une partie des actions en responsabilité : la dépréciation de la propriété ayant eu pour conséquence de rendre insuffisantes des garanties hypothécaires qui paraissaient devoir dépasser le montant de la créance. Les créanciers qui, de ce chef souffrent une perte quelconque, s'empressent de poursuivre le notaire et

celui-ci, bien qu'il ne soit pas un assureur, se voit trop souvent condamné. La sévérité des tribunaux devient donc une cause des nombreux cas de responsabilité que la faute du notaire n'explique pas.

Cette disposition défavorable de la jurisprudence, nous l'avons vue à propos de la responsabilité professionnelle, dans la fameuse théorie du mandat légal, théorie sans aucune base juridique, qui pour combler quelques lacunes de la loi organique, n'a pas hésité à se mettre en opposition avec les principes mêmes de cette loi.

Nous l'avons vue encore faisant admettre avec une facilité contraire aux textes les plus formels la preuve d'un rôle extra-professionnel qu'aurait joué le notaire.

Nous la voyons enfin dans certains arrêts qui, de ce fait que l'officier public a pris les intérêts de son client, concluent qu'il avait mission de faire davantage encore et l'obligent à répondre non seulement de ses fautes mais encore des risques.

De tout cela, résulte l'absence de cette sécurité indispensable au notaire pour l'exercice de sa profession. La responsabilité est chose fort nécessaire, mais encore faut-il qu'elle soit sagement limitée, sous peine de devenir une entrave. Si la négociation des placements est abandonnée par les notaires sérieux, qu'arrivera-t-il ? sinon qu'ils seront remplacés par des agents d'affaires sans conscience et sans surface pécuniaire.

Malgré la jurisprudence actuelle, qui du reste croit souvent agir dans l'intérêt même du notariat, les no-

taires ne doivent pas se désintéresser d'une partie si importante de leur ministère; mais ils auront souci d'y apporter tous leurs soins en mettant en pratique ce sage conseil des romains : « *Melius agere caute, quam multi periculose* », il est mieux de n'embrasser qu'un petit nombre d'affaires sûrement que de se livrer à un plus grand nombre en s'exposant.

Mais lorsque ayant accompli tous leurs devoirs (1), ils pourraient craindre encore d'être soumis à des poursuites ils feront bien d'employer les clauses d'exonération ou les décharges par acte séparé, soit pour établir quel a été leur rôle, soit pour montrer qu'ils ont fait tout ce qu'on pouvait attendre d'eux. Et, si malgré ces sages précautions, les notaires étaient condamnés, ils trouveraient encore dans les assurances une atténuation au préjudice que leur cause la condamnation. On a fondé, en effet, dans ce but, le 15 novembre 1900, une compagnie (2) d'assurances à

(1) A ce propos, nous croyons utile de rappeler les résolutions adoptées par l'assemblée générale du Comité des notaires des départements (Circulaire nº 151, ., p. 174) dans sa séance du 9 décembre 1874 : 1º ne faire aucun placement hypothécaire ou autre à l'insu du prêteur ; 2º ne donner aucun récépissé des sommes déposées portant stipulation d'un intérêt quelconque ; 3º n'accepter soit directement soit indirectement aucune procuration générale contenant en termes généraux le pouvoir de faire des placements ou n'en user qu'en vertu d'une autorisation spéciale ; 4º ne pas servir de ses deniers personnels les intérêts des sommes placées ; 5º n'exercer à l'insu du créancier aucune poursuite contre le débiteur en retard ; 6º remettre le plus tôt possible aux prêteurs les titres de leurs créances et les pièces à l'appui.

(2) Elle porte le nom de « Compagnie de l'assurance hypothé-

primes fixes, destinée à garantir les risques des placements hypothécaires ; elle « dégage MM. les notaires de la responsabilité qu'ils encourent, soit par suite de dépréciation du gage, soit par suite d'un cas de nullité du contrat résultant d'un vice de forme, émanant de l'omission de l'une des formalités substantielles prévues par la loi ».

Mais ce ne sont là que des palliatifs, que des remèdes. Nous osons espérer que si les notaires sont bien pénétrés du souci de leur dignité, la jurisprudence se départira de sa sévérité exagérée ; nous n'en voulons pour gage que les arrêts tout récents que nous avons eu l'occasion de signaler au passage.

caire » et a son siège, 8, boulevard Montmartre. Il existe bien aussi une autre Compagnie la « Mutuelle générale française », fondée en 1883 ; mais elle ne garantit pas les « affaires de prêts dans lesquelles les notaires auraient agi comme *negotiorum gestor* et seraient déclarés garants de la solvabilité des débiteurs ou de la valeur du gage. » Or, quel est le notaire qui soit sûr, avec la jurisprudence actuelle, de ne pas se voir déclaré avoir agi comme *negotiorum gestor* ?

Vu : *Le Président de la Thèse*,
L. CAMPISTRON.

Vu : *Le Doyen de la Faculté de droit*,
A. DELOUME.

Vu et permis d'imprimer :
Toulouse, le 23 avril 1902.
Le Recteur,
Président du Conseil de l'Université,
PERROUD.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

Responsabilité professionnelle.

I. — *Principes de la Responsabilité.*

CHAPITRE PREMIER

Base de la Responsabilité notariale 10

CHAPITRE II

Etendue de la Responsabilité 22

CHAPITRE III

Eléments de la Responsabilité et obligations professionnelles 26

II. — *Application des principes de Responsabilité professionnelle* 39

CHAPITRE PREMIER

Responsabilité à raison de la nullité de l'acte 41

Nullité pour vices de forme 41

Nullité pour vices de fond..... 45
Nullité pour défaut de spécialité..... 65

Chapitre II

Responsabilité pour faits étrangers à la validité de l'acte. 68

Appendice

Formalités hypothécaires subséquentes au prêt... 77

Chapitre III

Des clauses préventives..... 80

DEUXIÈME PARTIE,

Responsabilité extra-professionnelle... 95

Chapitre Premier

Du Notaire conseil..... 98

Chapitre II

Du Notaire courtier..... 106

Chapitre III

Du Notaire mandataire..... 112
§ Ier. — Formes et étendue du mandat..... 116
§ II. — Différences entre le mandat et la gestion d'affaires..... 121
§ III. — De la preuve du mandat..... 123
§ IV. — Obligations et Responsabilité du Notaire mandataire..... 144

Chapitre IV

Du Notaire gérant d'affaires..... 156

Chapitre V

Du Notaire caution..... 163

TROISIÈME PARTIE

De l'action en responsabilité..... 169

Conclusion..... 177

Toulouse. — Imprimerie Saint-Cyprien.